<36605909980018

<36605909980018

Bayer. Staatsbibliothek

5060 Bibl.Mont 5060-A

Sammlung
merkwürdiger am kaiserlichen Reichs-Kammergerichte entschiedener

Rechtsfälle

mit

ausführlicher Erörterung wichtiger Rechtsfragen.

Erster Theil.

Lemgo
in der Meyerschen Buchhandlung 1789.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

§. 1.

Ueber die Frage: Ob es rathsam sey, daß der Richter seine Entscheidungsgründe kundbar mache? ist bekanntlich schon vieles geschrieben worden. Von einem Theile unserer Rechtslehrer wird sie bejaht, von dem andern verneint; und es steht dahin, auf welcher Seite die meisten Stimmen liegen.

In einer von Jo. Wilh. Waldschmidt, ehemaligem Kanzler zu Marburg, herausgegebenen Dissertation *de rat. decid. partibus a judice communicandis vel non communicandis*, worinn die affirmativa mit den stärksten Gründen vertheidigt ist, wird jedoch §. 2 dafür gehalten, daß die Frage wol von mehrern Rechtslehrern verneint als bejaht werde.

§. 2.

Indessen steht doch letzterer Meinung eine ziemliche Reihe von Stimmen zur Seite.

Dahin sind unter den ältern Schriftstellern **Menoch**, **Barbosa**, *Pacis a Scala*, **Oldendorp**, **Arumäus** und andere zu zählen. **Brunnemann** *), **Leyser** **), **Stryk** ***) zeichnen sich vorzüglich aus. Diejenigen, welche selbst diese noch übertreffen, und die in der Folge

*) in Proc civ. cap. 27. Num. 20 seq. & cent. 5. Decis. 60.

**) in Meditat. ad ff. Lib. 7. Spec. 469. Medit. 10.

***) in usu mod. ff. tit. de re jud. §. 11.

ge meine hauptsächlichste Stütze seyn werden, führe ich für jetzt noch nicht an.

Rechnet man von der entgegengesetzten Seite solche Stimmen ab, welche ihre Meinung nicht hauptsächlich darüber, ob es an sich besser, rathsamer, wünschenswerther sey, die Entscheidungsgründe den Partheyen bekannt zu machen, oder sie zu verheimlichen? sondern nur dahin, daß der Richter zu solcher Bekanntmachung nicht gehalten sey, geäußert haben; so leidet die Gegenseite einen großen Abgang, und wird von der diesseitigen Zahl weit übertroffen.

Wer inzwischen in Ansehung der Litteratur über die vorliegende strittige Frage in **Barths** *Dissensu* den Wegweiser suchen würde (worauf die dem 2ten Theile des Hauptregisters über sämtliche **Cramerische** Werke vorgesetzte, übrigens sehr schätzbare Abhandlung in jener Rücksicht hinweiset), der findet seine Erwartung hierbey sehr getäuscht, indem das dort vorkommende Verzeichniß nicht nur mangelhaft, sondern auch zum Theil unrichtig ist.

Doch es kömmt hier auf die majora nicht an. Das Gehalt, die Wichtigkeit der Gründe entscheidet.

§. 3.

Unter denjenigen, die die Bekanntmachung der Entscheidungsgründe für schädlich ausgeben, wird außer den ältern Rechtspatronen, dem **Imola**, **Cöpolla** und andern, welche die Antesignani jener Meinung sind, der berühmte **Carpzov** (obschon derselbe hauptsächlich nur die Frage berührt: Ob der Richter schuldig sey, die rationes decidendi zu kommuniciren?) für den Hauptgewährsmann gehalten.

Hierüber ist die vorhin allegirte **Waldschmidtische** Dissertation §. 6 sq. und die von dem ehemaligen Kanzler der Universität zu Gießen, Imman. **Weber**, herrührende akademische Schrift *de rat. decid. partibus & earum advocatis non temere aut non integre communicandis* §. 4 und 5 nachzusehen.

§. 4.

§. 4.

Nachdem der Verfasser der zuletzt angeführten Dissertation die Gründe des **Brunnemann** (welcher unter den ältern die diesseitige Meinung vertheidigenden Schriftstellern die wichtigste Stimme ausmacht) angeführt hat; so schreitet er hierauf §. 4 zu den angeblichen Gegengründen, und sagt: „Audiendus nunc etiam Carpzovius, & quid iste in contrarium adferat, ita scilicet comparatum, ut assensum ipsi denegare omnino nequeamus. Praemittendum id, quod indubitati juris est:

1) Subsistere sententiam ex responso collegii juridici latam, quantumvis ratio nulla eidem fuerit inserta vel addita.

2) Sententiis autem informatoriis rationes omnino addendas esse, *ut sciant litigantes, quid sibi expectandum sit.*

3) Posse adigi collegia juridica, ut judici petenti rationes sententiae a se latae manifestent. Aliter autem

4) se rem habere cum partibus, utpote quibus eae simpliciter denegan-

dae, ubi graviter monet, quodſi unus vel alter litigantium in judicio ſententiae ad pronunciatum ICtorum latae rationes ab iis exigat, non modo exhibere eas obſtrictos non eſſe, ſed & occultare teneri, *ne pars una de rationibus pronunciati informata aliam facilius vincat*, telis ſibi ſuppeditatis ab iis, qui ſententiam dixerunt. Vix enim inficias ibit quisquam, ICtos de juribus partium reſpondentes iis ſimul patrocinari, ſi rationes aperuerint, ac per id conſilium dederint; quod non modo foret contra juramentum ab aſſeſſoribus praeſtitum, ſed iniqua hinc proflueret confuſio judicis & patroni, quorum officia ab invicem non parum diſtant.“

Hierauf heiſt es §. 5 weiter:

„Praeterea adhuc ſunt, quae movere debent, ne partibus in communicatione hac gratificetur. Datur enim advocatis occaſio cavillandi, lis ex lite generatur, & dum non habent, quo ſententiam impugnent, rationum unam vel alteram in dubium vocant, traducuntque ſi non veritatis, attamen litigandi

gandi amore, & quo condemnationis effectus retardaretur.“

§. 5.

Dies zusammengenommen ist nun freylich etwas mehr, als die fernern guten Gedanken, welche unter andern dem Imola und Cöpolla zugeschrieben werden*); doch auch im Grunde nicht viel mehr als gar nichts.

Was den 1sten Satz betrift, so ist freylich das *indubitatum jus*, daß eine Urtheil, auch ohne daß ihr die Entscheidungsgründe einverleibt sind, bey Kräften bestehe, nicht in Abrede zu stellen, da bekanntlich bey den wenigsten Gerichtshöfen Deutschlands die wünschenswerthe Verfassung herrscht, daß den Partheyen aus

*) S. v. Cramers Nebenst. Th. 75. Abhandl. 6. pag. 82. „Nach der Lehre *Imolae*, *Coepollae* und anderer alten Rechtspatriarchen wird derjenige Richter für einen Thoren und Wahnsinnigen gehalten, der die Entscheidungsursachen der Urtheil einverleiben oder bekannt machen möchte.“

den sie verfällenden Gründen kein Geheimnis gemacht würde.

§. 6.

In den allgemeinen deutschen Rechten ist hiervon an sich tiefes Stillschweigen. Nur durch statutarische Verordnungen findet sich in manchen Reichsländern jene wünschenswerthe Verfassung eingeführt*).

Uebri-

---

*) S. v. Cramers Nebenst. all. l. pag. 83 seq. und die angezogene Waldschmidtische Dissertation §. 3, worinn mehrere solche wünschenswerthe Verordnungen namentlich angeführt werden. Unter andern zeichnet sich am letzt erwähnten Orte eine Stelle aus der verbesserten Magdeburgischen Gerichtsordnung von 1686 aus, in welcher die triftigsten Beweggründe zu der darinn den Gerichten anbefohlnen Bekanntmachung der Entscheidungsursachen ausdrücklich angegeben sind. Die Stelle ist folgende: „Wenn nun eine Urtheil bey unserer Regierung oder in den Untergerichten publicirt, sollen dabey sofort die rationes decidendi eröfnet und zu den Akten gelegt werden, damit sich die Partheyen selbst prüfen, wenn die rationes decidendi den actis gemäß verfaßt, vom Litigiren desto ehe abzustehen, derjenigen Bosheit aber, welche vorsetzlich den Proceß verschleifen wollen, desto empfindlicher

Uebrigens aber im Allgemeinen gilt freylich das Recht oder vielmehr die Observanz, daß die rationes decidendi den Partheyen verheimlicht werden. Es ist aber eben darüber die Frage: An hoc bene vel male? und der angeführte 1ste Satz scheint daher überflüssig zu seyn.

§. 7.

Der 2te ist hingegen selbst für die diesseitige Meinung auf das treffendste einschlagend, eben so auch der 3te.

Sind den Sententiis informatoriis die Gründe aus der Ursache beyzufügen, *ut sciant litigantes, quid sibi expectandum sit;* so müssen sie aus der nemlichen Ursache auch bey den Definitivurtheilen nicht verheimlicht bleiben.

Bekanntlich ist eine Sache mit dem Definitivurtheil nicht alsbald beendigt, sondern

---

cher bestraft werden könne." — Nach der Schwedischen Verordnung über die Preßfreyheit vom Jahre 1774. §. 7 müssen auf Verlangen der Partheyen die Protokolle samt allen votis, mit ausgesetzten Namen der Votirenden, bey Verluste des Amts ausgeliefert werden.

sondern der Sachfällige kann durch die ihm gestattete Rechtsmittel sein Heil weiter suchen. Das ihm vor Augen gelegte Verfahren, die Gründe des Richters können ihm aber unwidersprechlich am besten den Aufschluß geben, *ut sciat, quid sibi expectandum*.

Sind die Gründe erheblich, so muß er ihre Stärke fühlen. Sieht er ihre Erheblichkeit nicht ein, oder will er sie nicht einsehen; so ist wenigstens der Richter an dem weitern Proceßspiel, den mehrern Kosten, und an dem sich größer ergebenden Schaden nicht selbst Schuld.

Durch Verheimlichung seiner die Sache oft ganz erschöpfenden Entscheidungsgründe kann er aber hierzu selbst die Veranlassung geben.

§. 8.

Daß die extranei Impartiales dem Richter, der das von ihnen verfaßte Urtheil nachher in seinem Namen eröfnet, ihre Entscheidungsgründe vorlegen müssen, spricht, wenn man nach dem Zwecke fragt, mit vieler Stärke auch für den Satz, daß

auch der Richter den Partheyen zu dem nemlichen Zwecke die Entscheidungsgründe vorlegen müßte.

In dem ersten Falle geschieht dies aus keiner andern Ursache, als um sich von der Gerechtigkeit des Ausspruchs zu überzeugen, um die Wichtigkeit der Gründe einzusehen, um sich keiner Machtsprüche theilhaftig zu machen. Die nemliche Ursache tritt in dem zweyten Falle ein.

§. 9.

Die vorliegende Dissertation aber will die größte Disparität hierinn finden. „Ganz anders aber (sagt sie an der oben ausgezogenen 4ten Stelle) verhält es sich mit den Partheyen. Diesen sind die Entscheidungsgründe durchaus geheim zu halten."

Fragt man: warum dies? so ergiebt sich (wie man gesehen hat) aus der oben ausgezogenen Stelle keine andere Antwort hierauf, als diese: Damit der eine Theil, unterrichtet von den Entscheidungsgründen, nachher wider seinen Gegner nicht desto leichter den Sieg davon tragen könne.

Hier

Hier ist also unwidersprechlich der Nutzen der Bekanntmachung der Entscheidungsgründe implicite eingestanden. Der eine Theil könnte alsdann desto leichter nachher den Sieg davon tragen. Das ist doch wol hauptsächlich nicht anders als auf denjenigen Theil zu verstehen, gegen den das Urtheil ausgefallen ist; und ferner größten Theils auf den Fall auszudeuten, wenn nemlich die Entscheidungsgründe nicht auf den besten Boden gebaut, wenn sie leicht zu entkräftigen sind.

Alsdann also nur, wenn die Parthey hierdurch Gelegenheit erhält, das irrende Urtheil zu beleuchten, und dessen Fehlschlüsse zu entdecken, kann sie desto leichter über ihren Gegentheil siegen.

Ist dies nun ein böser Erfolg, wenn dem, dem es gebührt, sein Recht zukömmt, wenn es ihm nicht durch Urtheile, die nicht tief genug geschöpft sind, entzogen bleibt?

§. 10.

Doch die vorliegende Dissertation, oder vielmehr Carpzov, den sie redend ein-

einführt, hat hier den Fall vor Augen, wenn die extranei Impartiales nur dem darum nachsuchenden einen Theile ihre rationes decidendi kommuniciren würden, wodurch dann auf eine Ungleichheit geschlossen wird. Hiervon ist aber die Frage nicht. Ich bitte jedoch, die schon angeführte Waldschmidtische Dissertation hierüber nachzusehen, worinn jenem obmoto sowol, als den übrigen §. 6 und 7 auf das treffendste begegnet wird.

§. 11.

Inzwischen kann ich mich unmöglich enthalten, das, was in der eben erwähnten Dissertation aus Carpzov selbst angeführt ist, hierher zu setzen, woraus erhellet, daß bey eben dem Hauptgewährsmann der Gegenseite unstreitig mehr vor, als gegen die diesseitige Meinung zu finden ist. Es ist folgende bey Brunnemann in proc. civ. cap. 27. num. 20 in fine aus Carpzov selbst allegirte Stelle, die jedoch von Waldschmidt mit stärkern Farben aufgetragen ist, als sie all. l. wirklich vorkömmt. Sie ist jedoch an sich schon stark genug, und ich setze sie daher

so,

so, wie ich sie bey **Brunnemann** angeführt, und bey **Carpzov** mit den nemlichen Worten *), finde, hin: „Si justa & sufficiens ratio decidendi existat, expressione ejus potius lites amputari, quam protelari; nisi enim litigans aut advocatus ab honestate & concordia plane sit alienus, huic rationi acquiescet; si autem ambigua ratio, non esse vitupe-
ran-

---

*) In Proc. civ. tit. 16. art. 1. num. 75. Und wohl zu merken: Diese Stelle ist mitten unter denjenigen oben ausgezogenen Stellen, welche die Weberische Dissertation aus dem Carpzov, ohne anzudeuten, quo loco sie vorkommen, anführt, zu finden. Schon diese Bemerkung ist hinreichend, um der erwähnten Dissertation keine besondere Solidität zueignen zu können. Als ein Hysteron Proteron, als ein wahres quid pro quo, erscheint sie aber dann, wenn man den Anhang in Erwägung zieht, worinn sich einige Decisiones aus dem Arumäus abgedruckt finden, die dem Verfasser (wie er sagt) erst zu Gesicht gekommen seyen, wo er mit seinem Opus schon fertig gewesen, und die mit hundert mal stärkern Gründen für die diesseitige Meinung sprechen. Als eine besondere Stütze für die jenseitige Thesin hätte jene Dissertation also wahrlich wol keine wiederholte Auflage, welche Ehre ihr wiederfahren ist, verdient.

randos judices, quod veram rationem non occultent, nec correctionem pronunciati submettuant."

Man wiege nun diese Stelle gegen den oben bey **Weber** sprechenden **Carpzov** ab, und gebe jenen angeblichen Gründen, wenn es möglich ist, vor den hier ausgeführten den Vorzug. Außerdem ist es sicher, daß **Carpzov** nur hauptsächlich den Satz vertheidigt, daß der Richter nicht schuldig sey, die rationes decidendi mitzutheilen, welches aber die eigentliche Frage nicht ist.

§. 12.

So wenig nun die bisherigen angeblichen Gegengründe von Bedeutung sind; so erheblich scheint jedoch der fernere oben ausgezogene Gegensatz, daß die Bekanntmachung der Entscheidungsgründe Verlängerung, größern Umtrieb der Processe zur Folge haben könnte, und der pruritus litigandi kaum ein Ende finden würde, gegen die rationes decidendi zu Felde zu ziehen.

§. 13.

Dies ist nun freylich der Hauptgegengrund, der einzige vielmehr, denn die übrigen bedeuten zum Theil gar nichts, oder erweisen (wie ich oben gezeigt habe) selbst für die diesseitige Meinung. Es wird solcher auch von den Vertheidigern der gegentheiligen thesis durchaus und hauptsächlich gebraucht, obschon er durch die vorhin eben ausgezogene Stelle des Carpzovs selbst schon nicht wenig entkräftet ist.

§. 14.

Wenn nun ferner dasjenige, was in neuern Zeiten mehrere berühmte Männer hierauf vielfältig geantwortet haben, bekannt ist, der kann unmöglich anders, als jenen angeblichen Gegengrund für durchaus gefallen erklären.

Ueberhaupt weiß ich in neuern Zeiten keinen Schriftsteller, der die gegentheilige Meinung, daß es an sich besser, rathsamer, und der Gerechtigkeit zuträglicher sey, die rationes decidendi zu verheimlichen, als solche den Partheyen bekannt zu machen, ferner vertheidigt hätte.

§. 15.

Ohne dem Leser den schlichten Menschenverstand vorher benehmen zu können, würde es auch keiner, nach den unter andern vorliegenden Widerlegungen von Ludolf *), Cramer **), und coronidis loco von dem ehemaligen Kammergerichtsassessor, dermaligem fürstl Nassau-Oranischen Herrn Präsidenten von Preuschen ***) wagen können.

Am umständlichsten hat der Freyherr von Cramer in dem 75sten Theile seiner Nebenstunden Abhandl. 6 hiervon gehandelt.

Es sey mir erlaubt, daraus den Geist einiger Sätze ganz im Kurzen auszuziehen. Ich sage, den Geist, und brau-

*) In Observ. Tom. I in der Vorrede, und in Symph. Consult. & Decis. in praefat. ad tomum 1 & 3

**) In den Nebenst Th. 40. Abh. 8, hauptsächlich im 75 Th. Abh. 6. S. auch die Vorrede zu dem 1sten Theil.

***) In der merkwürdigen dem 2ten Theile des Hauptregisters über sämtliche Cramerische Werke als Vorrede vorgesetzten Abhandlung.

che daher bey den nämlichen Worten nicht immer stehen zu bleiben.

§. 16.

„Die Menschen sind mehr zum Mißtrauen als zum Vertrauen geneigt.

„Wenn die Entscheidungsgründe unter den Räthseln und Auguriis verbleiben, so kann sich die verdachtsvolle Parthey weit weniger beruhigen.

„Durch die Erheblichkeit der richterlichen Gründe aber wird selbst oft ein Proceßsüchtiger, wenn er sein Unvermögen, solche entkräften zu können, fühlt, von weiterm Betrieb des Processes, worüber er alsdann mit größerm Rechte mit schweren Strafen gezüchtigt werden könnte, abstehen.

„Das ehrwürdige Richteramt könnte alsdann ferner nicht so oft angeschwärzt werden, als es bey dem herrschenden Geheimnissystem fast immer geschieht.

„Die Parthey wüßte die wahren Gründe, und würde gegen Eingebildete nicht zu Felde ziehen.

Ihr

„Ihr oft gewinnsüchtiger Advokat könnte ihr keine falschen aufbinden, um ihre vergebliche Hofnung zu nähren.

„Vielem unnützen Schreibwerk, da die Akten nicht selten, mit erdichteten rationibus decidendi, welche dem Richter nie eingefallen, und deren Widerlegung, angefüllt erscheinen, würde dadurch abgeholfen.

„Der Sachführer müßte alsdann bey der Klinge bleiben, und nur allein dahin sehen, den Richter eines Fehlers in Aufstellung der factischen Umstände, oder Anwendung der Rechte, zu überführen.

„Die Gerichtsglieder würden sich alsdann noch mehr bestreben, mit allem Fleiße eine Sache auszuarbeiten, wohingegen, wenn die Einsicht ihrer Arbeit vor den Partheyen versteckt bleibt, vielleicht hierinn oft etwas gespart werden kann*).

 Jede

*) Uebertrieben scheint mir jedoch zu seyn, wenn es in der Beleuchtung des Waserischen Processes

„Jede Relation müßte alsdann so geartet seyn, daß sie vor Meister und Gesellen passiren könnte.

„Da die Richter Menschen und keine Engel sind, mithin fehlen können; die Sachen öfters sehr dunkel und von den Sachführern nach allen Umständen nicht zureichend vorgetragen werden; dabey die Rechte, wo es auf besondere Provincialverfassungen ankömmt, nicht allezeit hinlänglich bekannt sind, oder selbige zweydeutig scheinen: So würden die Entscheidungsgründe die beste und sicherste Gelegenheit an die Hand geben, den bey solchen und mehrern andern Umständen vielleicht nicht selten irrenden Richter auf den rechten Weg zu führen; wobey durch eine gründliche und bescheidene Vorlegung dergleichen menschlicher Fehler die Gott geheiligte Justiz auf das beste gehandhabt, und der sonst durch die Justizpflege selbst einer

cesses pag. 8 (Berlin, 1781) heißt: „Der Schleyer des Geheimnisses, den der Richter über die Rechtshändel wirft, ist ein leises Geständnis seiner Uebereilung oder Ungerechtigkeit.“

einer gerechten Sache zugefügte Nachtheil zu verhüten stünde.

„Nemo sapiens sententiam quoque suam corrigere & amplecti meliorem erubescat.“

§. 17.

Die treffende Antworten endlich auf das obenerwähnte gegnerische Hauptargument, daß dadurch bösartigen Advokaten mehrere Gelegenheit gegeben würde, die Urtheile durchzustriegeln, und die Sachen zu verzögern, bitte ich bey dem Freyherrn v. **Cramer** a. a. O. selbst nachzulesen.

§. 18.

Unter mehrern wichtigen Gegenargumenten scheinen folgende von ihm gesagte wenige Worte zur gänzlichen Entkräftung jenes angeblichen Grundes allein hinzureichen: „Das heißt also (schreibt er ungefähr) wegen eines besorglichen in einzelnen Fällen eintreten könnenden Mißbrauchs des Guten das Gute im Allgemeinen selbst gänzlich unterdrücken, den Waizen wegen des Unkrauts ersticken lassen. Als wenn jenem Frevel nicht Gränzen gesetzt, als

wenn solcher nicht bestraft werden könnte!"

Dies ist mit wenigen Worten so gut und so viel gesagt, daß man seiner fernern Argumente nicht nöthig hat, um ihm hierauf allein gänzlich beyzustimmen.

§. 19.

Eben so gut ist der Freyherr von **Cramer** der gegenseitigen Besorgnis auf den Fall, wo sie noch mit einigem Schein am meisten eintreten kann, wenn nemlich die Entscheidung auf einer strittigen Rechtsfrage beruhete, begegnet.

Mir deucht es, daß selbst in solchen Fällen alsdann ein Urtheil weniger angefochten würde, wenn die Entscheidungsgründe, die triftige Ausführung des Richters, mitgetheilt würden.

§. 20.

Ohnehin sind jene Anfechtungen bey solchen Umständen bisher eben so wenig ausgeblieben, obschon auch die rationes decidendi zurückgehalten wurden. Es ist also dabey kein neues Uebel zu befürchten,

ten, vielmehr die Hofnung vorhanden, daß es gemindert würde, da alsdann die Parthey bestimmt wüßte, daß einmal keine andern Principia zum Grund gelegt worden seyen, zu deren Umänderung weitere aus schon bekannten juristischen Gegengründen hergenommene Rechtsausführungen nichts helfen können.

Jedoch man kann mir zurufen: Zu was eine weitläuftige Ausführung, zu was alle die bisherigen Allegationen! — In den Preußischen Staaten, wo man sich doch wol vorzüglich auf die Justiz versteht, wo ein **Cocceji**, von **Fürst** und von **Carmer** zu ihrem unsterblichen Ruhme Tage und Nächte daran arbeiten, werden die Entscheidungsgründe den Partheyen eröfnet, ja selbst den Urtheilssprüchen mit Präcision und Energie einverleibt. Dies mag wol den bisher aufgestellten Sätzen zur besten Stütze und Bekräftigung dienen.

Gleichwol kann ich mich, ferner noch einiges anzuführen, nicht enthalten.

§. 21.

Es ist mir nemlich in einer an das kaiserl. Reichskammergericht gelangten, aus dem Lüttigschen herrührenden, Rechtssache eine dem Unterrichter eingereichte Vorstellung zu Gesicht gekommen, worinn demselben die Billigkeit, die Nothwendigkeit, seine Entscheidungsgründe mitzutheilen, recht nahe an das Herz gelegt wird.

Jene Supplik ist äußerst merkwürdig, und die Wärme, womit darinn alles gesagt wird, ist hinreißend. Ich habe sie zwar auch einzeln gedruckt *) gesehen; sie mag aber wol nur, nach dem gewöhnlichen Schicksale solcher in einzelnen Rechtssachen vorkommenden kurzen Druckschriften, in den wenigsten Händen seyn.

Wenn ich daher der Versuchung, sie hier ganz in extenso einrücken zu lassen, um nicht gar zu weitläuftig zu werden,

*) Der Titel ist: Supplique très-humble iterative pour Jean Joseph Bovy, de Spa. 1786. 2 Bogen in 4, und unterzeichnet von A. G. Donzeel für Jean Jos. Bovy.

den, auch widerstehe; so kann ich mir doch einige Auszüge daraus nicht verbieten. Lange Weile werden sie sicher nicht verursachen.

§. 22.

„Si on examine les raiſons, pourquoi les Juges doivent être obligés à donner les motifs de leurs ſentences (heißt es unter andern in jener Schrift) on trouve, que cela a ſa ſource dans l'utilité publique, dans l'intérêt & le bonheur de la Société.

„Cette ſaine Conſtitution empêche les Appels, qui ſont la ruine des familles. — Un Plaideur de bonne foi, qui voit, *par les motifs*, *la Sentence fondée*, ſe gardera bien d'en appeller, il donne parition, & ſe conſole de ſa defaite, qui lui procure la paix, bien ſouvent plus précieuſe que la choſe qu'il perd.

„Cet uſage eſt un frein qui contient les Juges, les force à remplir leurs devoirs, & les met dans l'obligation d'examiner une affaire à fond, de ne pas couler rapidement ſur la ſurface des choſes,

choſes, ni prononcer légérement, & ſans raiſons fondées. La certitude de devoir donner les motifs, & que leur impéritie ou leur prévarication ſera, par-là, miſe au grand jour, s'ils n'en ont pas de ſolides, les rend plus attentifs à bien juger. —

„Si la Partie condamnée n'avoit pas le droit de demander les motifs, des Juges ignorans ou pareſſeux n'examineroient les Actes que ſuperficiellement, & s'inquiéteroient peu de bien ou mal juger. On ſe tait ſur des choſes plus criminelles, encore auxquelles ils pourroient, dans ce cas, s'abandonner avec impunité. C'eſt donc une excellente inſtitution que celle qui oblige les Juges à donner les motifs de leurs Sentences.

„Que l'on ne diſe pas, que les motifs fourniſſent aux Avocats matiere de diſputer, d'uſer de cavillations & de chicanes, pour impugner les Sentences, car ce prétendu inconvénient que l'on oppoſe, ne peut oucher perſonne. Les vrais Avocats, dont les occupa-

tions

tions ſont des exercices de droiture & de juſtice, reſpectent l'empire de la Loi, ne cherchent pas à l'eluder. — Lorsqu'ils voient qu'une Sentence a la Loi & l'équité pour baſe, ils en déconſeillent l'appel. Quant à ceux qui, oubliant leurs devoirs, & ſe faiſant un malheureux honneur d'obſcurcir la vèrité, s'abaiſſent au honteux manege de ſubtiliſer, & d'employer les reſſorts tortueux de la chicane, pour attaquer & tâcher de renverſer une équitable Sentence, *ils* ne chicannent pas moins, quand on cache les motifs, que lorsqu'on les donne. Au contraire ils ont bien plus beau jeu dans le premier cas, car alors ils forgent des raiſons fauſſes ou légeres & frivoles, les tournent en ridicule, les réfutent ſans peine ou avec appareil, & font ainſi l'illuſion. —

„Ex hac occultatione rationum (dit le profond Juriſconſulte Leyſer *) plus

---

*) in Meditat. ad ff. Lib. 7. Specim. 469. Medit. 10.

plus mali, quam boni, oriri animadverto; saepe scilicet judex justissimas habuit solidissimasque sententiae suae rationes, sed hae adeo clarae non sunt, ut in oculos incurrant, partes igitur, quia nesciunt, quid vere judicem, ut sic judicaret, moverit, alias sibi rationes longe infirmiores fingunt, quas vellicant, irrident, refutant nullo labore, quieturae forsan, si veras rationes scivissent. Tunc acta ad aliud Collegium juridicum mittuntur, ignarum etiam, quid in mente habuerint primae Sententiae Auctores; immutant ergo hanc Sententiam ex aliis rationibus, novamque disputandi & andabatarum more confligendi materiam partibus praebent. Accedit aliud malum: Judex imperitus vel deses, qui Sententiam sine rationibus fert, atque scit partibus jus non esse easdem requirendi, acta vix obiter & per transennam, uti Cicero ait, inspicit, atque quidquid in buccam venit, pronunciat, parum sollicitus, conveniat ne hoc actis, an adversetur, taceo alia.

„O, que la crainte des cavillations des Avocats, qui eſt le motif chiméri- que que quelquesuns alléguent, pour fai- re regarder comme dangereux l'uſage de donner les motifs, eſt un inconve- nient bien léger, lorsqu'on le compare avec tous ces maux. —

„Enſuite le cité *Leyſer* dit, qu'en ſon particulier, lorsqu'il porte Senten- ce, il ne craint pas les cavillations des Avocats, ni de faire connoître ſes mo- tifs, perſuadé que les ſubtilités que l'on employera pour impugner ſa Sentence, ne feront aucune impreſſion ſur un homme de bien, qui examinera avec bonne-foi ſes raiſons de décider, ou qu'à la diſcuſſion ces ſubtilités s'evanoui- ront & tomberont ſans peine.

„Puis après avoir rapporté, que dans la Saxe il eſt preſcrit aux Juges, par une loi expreſſe, de donner les motifs de leurs Sentences, & que cet uſage s'eſt introduit dans les Tribunaux de Wolfenbutel, il témoigne un déſir ar- dent qu'une choſe auſſi utile au Public s'introduiſe, & ait lieu par-tout. —

D'où

„D'où l'on voit que c'eſt une erreur populaire de vouloir cacher les motifs des Sentences, & que l'uſage de les donner, établi dans ce païs, eſt conforme au bien public, à l'équité, à la droite raiſon, & à la doctrine des Auteurs les plus accrédités. —

„Il n'eſt d'autre frein pour nos Juges, que celui qui naît de la crainte qu'on ne demande les motifs de leurs Sentences. Ils ſavent, que la Partie condamnée a ce droit; la juſte appréhenſion, que l'on ne découvre, par la foibleſſe de leurs motifs, leur impéritie ou leur prévarication, les rend attentifs, & les porte à juger de leur mieux: c'eſt la ſeule bride qui les retienne. L'uſage de donner les motifs, établi dans ce païs, eſt donc une excellente & ſalutaire inſtitution, à la quelle il ne doit être permis à aucun Juge de ſe ſouſtraire; c'eſt être étranger à ſa Patrie, à ſes Citoyens, à ſa propre famille, que de ne pas ſentir la force de cette vérité.

„C'eſt donc, non ſeulement contre l'uſage, — mais même contre les prin-

principes de la raiſon & de la ſaine Juriſprudence que *Vos nobles & illuſtres Seigneuries* refuſent de donner les motifs de leurs Sentences. Si elles ſont accoutumées à ne donner leur ſuffrage qu'à la raiſon, à ne former leur Jugement que ſur la lumiere toujours pure de la ſimple vérité; ſi c'eſt d'après les Loix de la Juſtice & les regles de la raiſon, qu'elles ſe ſont determinées dans leur Jugement, pourquoi craignent-elles de faire paroître au jour les raiſons qui les ont déterminées?

„La Nation, que les Etats repréſentent, eſt, *Meſſeigneurs*, un Juge, ou, pour mieux dire, un Maître élevé au-deſſus de Vous, à qui vous devez rendre compte de vos actions. Que voulez-vous que le Public penſe de ce refus? Juſte eſtimateur des choſes, il doit croire que vous n'avez pas des motifs ſolides à donner, & qu'il vous eſt impoſſible de juſtifier votre Sentence aux yeux de la raiſon & de la Juſtice.“

§. 23.

Ich enthalte mich aus jener Vorstellung mehreres auszuziehen. Es ist nun freylich alles dies, (wie man bemerkt haben wird), mit Prometheus Feuerflamme nicht wenig bezeichnet. Auch mag wol die natürliche Freyheit, seine Gedanken ohne Scheu zu äußern, darinn etwas mißbraucht seyn.

Was jedoch ein strenges Urtheil über die zu harten Ausdrücke mildern muß, ist der Umstand, daß der Verfasser jener Schrift zugleich behauptet, daß der Richter im Lüttigschen, durch statutarische Gesetze, und die Observanz zu der Mittheilung seiner Entscheidungsgründe verbunden sey, wo also seinem justo dolori, da es ihm versagt worden, etwas zu gut zu halten ist.

§. 24.

Ich habe nun bisher über die vorliegende Frage im Allgemeinen gehandelt, worauf ich meinem Zwecke näher komme, und von dem kaiserl. Reichskammergerichte in specie rede.

Bey

Bey diesem nun ist es bekanntlich, so wie leider bey den meisten Gerichten in Teutschland, nicht gewöhnlich, weder den Urtheilen die Rationes decidendi einfließen zu lassen, noch solche den Partheyen separatim mitzutheilen; und ferner ist es nach den Gesetzen keiner Gerichtsperson erlaubt, solche auf eine oder die andere Art bekannt zu machen.

§. 25.

Jedoch ist das Kammergericht durch das Visit. Mem. von 1557. §. 25. angewiesen, die abschlägige Dekrete in gewissen Fällen so zu fassen, damit der Supplikant, wo der Mangel sey, abnehmen könne; welches in den Visit. Art. dem Hrn. Kammerrichter, Präsid. und Beys. von 1562. §. 24, und dem R. A. v. 1570. §. 80. wiederholt, auch auf Verordnung der letzten Visitation durch den gemeinen Bescheid vom 11ten Jan. 1769 ausdrücklich erneuert worden ist.

Solches ist aber nur auf Vorbescheide, die zu besserer Einleitung der Sache den Wink geben, oder bey Hauptdekreten

nur dahin zu verstehen, daß es alsdann mit einigen Worten heißt: Als desert abgeschlagen, *ob defectum summae adpellabilis* abgeschlagen, u. dergl.

Ein bloßer Fingerzeig, der nur allein das Resultat der von dem Richter erwogenen Gründe ausmacht, keineswegs aber (zumal in allen den Fällen, wo die Desertion, der Defectus summae adpellabilis und dergleichen Mängel nicht ganz offenbar vor Augen liegen, sondern allenfalls in contradictorio beruhen), für die Bekanntmachung der eigentlichen Entscheidungsgründe passiren kann.

§. 26.

Inzwischen wird zu Zeiten den in caussis arduis gefällten Urtheilen die Erwähnung der Entscheidungsgründe mit eingeflochten; doch ist diese Exceptio a regula selten, und dergleichen Urtheile mögen, so lange auch das Kammergericht existirt, in der Zahl noch sehr gering seyn.

Eine wahre Ausnahme besteht jedoch bey den caussis conflictus jurisdictionis

mit dem kaiserl. Reichshofrathe, wo die Gründe des Kammergerichts den Urtheilen gewöhnlich inserirt werden*).

Möchten doch diese Exceptionen zur Regel gemacht werden, möchte doch eine neue Gesetzgebung sich hierdurch zum Besten der Justiz verherrlichen!

§. 27.

Eine neue Gesetzgebung aber ist hierüber allerdings erforderlich. Es ist zwar kein ausdrückliches Gesetz, wodurch dem Kammergerichte, die Entscheidungsgründe den Urtheilen beyzusetzen, verboten würde, vorhanden. Der Geist aber, der (mit Ausnahme jedoch der oben §. 25 erwähnten Verordnungen) in sehr vielen andern Gesetzen liegt, spricht dagegen.

§. 28.

Ich kann daher dem Freyherrn von Cramer darinn, daß er in dem mehr angeführ-

*) Vid. *Pütter* Diss. de summorum Imp. Tribunalium concurrente jurisdictione, §. 65.

geführten 75ten Th. der Nebenst. zugleich darthun will, daß unter andern die Verordnungen des J. R. A. §. 61 und 150, und V. A. v. 1713. §. 87: „die Rationes decidendi des Unterrichters, und die kammergerichtlichen Relationen in einer Kiste aufzubewahren," blos die Sicherheit, daß nichts verloren gehen möchte, zum Zwecke gehabt hätten, (so sehr er sich auch Mühe giebt, diesen Satz zu vertheidigen), nicht beypflichten.

§. 29.

Der Kürze halber beziehe ich mich auf eine von dem berühmten Publicisten Jo. Jac. Moser herrührende Dissertation *de ration. decid. a judice partibus necessario non communicandis*, worinn die von §. 9 - 15 ausgeführte entgegengesetzte Meynung, daß jene Verordnungen allerdings eine mehrere Verheimlichung zur Absicht gehabt, jedem weit überzeugender vorkommen muß.

Es könnte sonst auch dies mit den übrigen, wol an der Zahl bis 50 vorhandnen, Gesetzen auf das den Gerichts-

perso-

personen bey dem Kammergerichte eingeschärfte Geheimniß*) nicht harmoniren.

§. 30.

Eben so wenig will es mir ferner in Ansehung dieser letztern Gesetze einleuchten, wenn der Freyh. v. **Cramer** und Hr. v. **Ludolf** solche nur allein auf eine schädliche Bekanntmachung, und hauptsächlich nur auf die Verschwiegenheit, in Ansehung der Namen der Referenten und einzelner Abstimmungen ausdeuten wollen.

Am umständlichsten hat Hr. v. **Cramer** am oft angeführten Orte hiervon gehandelt, und sein Resultat geht (wie ich schon gesagt habe) dahin: „daß jenen Gesetzen nur allein damit vollkommen genug geschähe, wenn nur die Namen der Referenten das, was vor publicirter Urtheil während der Deliberation vorginge, und die einzelnen Vota im Geheimen gehalten würden. Hierüber sey das Geheimniß

 durch-

---

*) Vid. Referens und Verschwiegenheit im Register des Corp. jur. cam. von 1724.

durchaus nothwendig, und allerdings auf das strengste zu beobachten.

§. 31.

Es scheint mir aber ausgemacht zu seyn, daß jene Gesetze nicht nur diese Zweige des Geheimnisses begreifen, sondern auch eo ipso und hauptsächlich den Gerichtspersonen das Verbot einer Bekanntmachung der Entscheidungsgründe, sie geschähe auf was für eine Art als sie wolle, einschärfen.

Selbst aus den von dem Hrn. von **Cramer** angezognen Gesetzen läßt sich, meiner Meynung nach, dies letztere Verbot nicht wegweisen, welches unter andern der §. 16 und 17 der K. G. O. recht augenfällig darthut.

§. 32.

Auffallend ist es inzwischen, daß man das Referentengeheimniß hier vertheidigt findet.

Wäre Hr. v. **Cramer** dabey stehen geblieben, daß es in den Gesetzen hauptsächlich gemeynt sey, so müßte man ihm freylich

freylich Beyfall geben. Er sagt aber auch, daß es nützlich, daß es nothwendig sey, daß es vorzüglich eingehalten werden müsse.

Einen sonderbaren Contrast, in Ansehung dieser Behauptung, liefern die bekannten vermischten Briefe des Hrn. von Zwierlein, worinn pag. 39 bis 46 mit den einleuchtendsten Gründen, reifer Sachkenntniß, und faktischer Wahrheit, daß es bey jetziger Lage unmöglich bestehen könne, unmöglich bestehen dürfte, augenfällig gezeigt wird.

Auch derjenige, der die Verfassung des Gerichts nur halb kennt, kann hierüber nicht im Zweifel bleiben *).

*) Bey der letzten Visitation haben die Assessoren Freyherr von Riedesel und von Harpprecht in Vorschlag gebracht: das Secretum, wer Referent sey? ganz abzuschaffen. Der herzogl. Bremische Gesandte, Herr von Falcke, bemerkte dabey: „daß dieser beyden Assessoren ohnaffectirter und ungeheuchelter, mehr in Thaten, als in Worten, bewährter Justizeifer bekannt wäre.“ *Faber* Neue Staatskanzley, Th. 25. p. 143. n. 13.

§. 33.

So gut nun der Hr. von **Zwierlein** a. a. O. die Meynung vertheidigt, daß das Referentengeheimniß ganz und gar aufzuheben sey, daß die Partheyen nothwendig die Referenten wissen müßten, daß zugleich auch dieses, wenn eine Sache zum Vortrag gebracht würde, so wie an dem Reichshofrathe, bekannt gemacht werden sollte, damit einer oder der andere Theil, der etwa noch etwas zu übergeben, oder einzelne Assessoren zu perhorresciren hätte, nicht unvermuthet übereilt werden möchte; so gut er (sage ich) dies alles vertheydigt: so Unrecht hat er jedoch darinn, daß er hierauf am Ende, (obschon auch ohne alle weitere Ausführung) sagt: Die Entscheidungsgründe müßten aber geheim bleiben.

§. 34.

Die Hinfälligkeit dieses Satzes ist bey dem Freyherrn von **Cramer** so gut dargethan, als die Hinfälligkeit der **Cramerischen** Behauptung in Ansehung des Referentengeheimnisses bey dem Hrn. von **Zwierlein** dargethan ist.

Der Schluß folgt also auf beydes: Es ist besser, es ist rathsamer, wenn die Verheimlichung der Entscheidungsgründe sowol, als das Referentengeheimniß, ganz und gar aufgehoben würde.

§. 35.

Wer aber heilen will, muß aus dem Grunde heilen, da, wo sich der Schaden aus dem Grunde heilen läßt.

Nicht ein Zweig von einem möglichen Schleichhandel darf übrig bleiben.

Weg mit den Eleusinischen Geheimnissen, die im Grunde doch keine sind, auch, z. B. das Referentengeheimniß, es durchaus nicht seyn sollten!

§. 36.

Die Justiz muß mit ofnen Thoren administrirt werden. Es ist immer gefährlich, den Zugang durch Menschen bewachen zu lassen; und Engel sind doch dazu nicht ausfindig zu machen.

Wäre man gesichert, daß die Thore Niemanden geöfnet würden, daß sich nicht

Freun-

Freunde der Wächter einschlichen, daß sie vielleicht nicht durch den Wiederhall klingender Thaler aufsprängen; wäre ferner (worauf es hauptsächlich ankömmt) das Geheimniß bey Gerichten an sich von gutem Nutzen, von gutem Erfolge; läge hiervon nicht gerade das Gegentheil offen vor Augen: so würde der sehnliche Wunsch für Publicität, welcher unser großer Kaiser so hold ist, der sehnliche Wunsch auf ewige Verbannung des zweckwidrigen geheimnißvollen Schleyers bey Gerichten, der ohnehin doch nicht selten (aber auf eine alsdann in mancherley Rücksicht schädliche und vielleicht schändliche Art) durchsichtig wird, dem Herzen jedes teutschen Patrioten so nahe nicht seyn.

§. 37.

So aber muß man ihn mit dem berühmten Hrn. Verfasser, der schon mehrmal angezognen Vorrede zum 2ten Theil des Cramerischen Hauptregisters laut anstimmen, und mit warmem Gefühle ausrufen: „O möchte doch jene glückliche Zeit erscheinen, welche Licht auf alle gerichtliche Handlungen ausbreitete, wie glücklich

lich würden wir alsdann in dem Lichte wandeln, welches keine Nacht und kein Nebel verdunkeln könnte! Die Besorgnisse, als ob die Geschichtsumstände nicht redlich, nicht vollständig genug vorgetragen worden seyen, würden verschwinden. Der Gedanke von Bestechungen, von Partheylichkeit, würde in den heimlichen Berichten und Rechnungen der Sollicitanten eine unerhörte Rubrik seyn, oder keinen Glauben finden. Mit völliger Beruhigung würden sich die Partheyen den Händen eines so aufrichtig handelnden öbersten Gerichts anvertrauen. Viele ständische Gerichte würden sich darnach bilden, und das Sprichwort würde vielleicht wieder wahr werden:

— — — Justitiae
Semper honos nomenque suum laudesque manebunt."

§. 38.

Ich bitte die lesenswürdige Ausführung im Ganzen hierüber nachzusehen. Der darinn enthaltne Vorschlag, daß den Partheyen selbst erlaubt seyn sollte, den Delibera-

liberationen beyzuwohnen, scheint mir jedoch etwas bedenklich.

Mir deucht, wenn man ihnen auch zehn Maulkörbe anhängen würde, so würden sie doch dem Bedinge einer gänzlichen Gelassenheit, und bey dem Votiren der Auflage eines gänzlichen Stillschweigens nicht nachkommen.

Genug ist es, wenn ihnen nachher nicht nur die Relation, sondern auch die sämtlichen Vota, und die ganze Berathung abschriftlich mitgetheilt werden.

§. 39.

Eben so hätte ich auch verschiednes bey dem Vorschlage, daß die Partheyen den Extrakt ihrer Schriften immer selbst liefern, und jedesmal vor dem Anfange der Berathschlagung kurze Facta an die Glieder des Senats auszutheilen, gehalten seyn sollten, zu erinnern.

Unter andern würde ersteres größtentheils den Zweck verfehlen, da die Partheyen wol immer nicht viel weniger in den Extrakt bringen möchten, als in der Schrift

selbst

selbst ist, wenn sie auch schon solchen nur an den Rand der Schriften setzen sollten.

Zu letzterm ist durch den J. R. A. §. 96, und V. A. v. 1713. §. 71 nur die Erlaubniß gegeben worden, deren man sich ohnehin häufig bedient. Ich sehe aber nicht, warum dies zur Nothwendigkeit gemacht werden sollte.

Es obruirt die Votanten, welche genug thun, wenn sie sich das Factum des Referenten einprägen, und solches mit den Akten conferiren.

Eher wünschte ich, daß von letzterm immer jedem Votanten mit Anfang der Relation eine Abschrift mitgetheilt würde. Man weiß, daß eine Sache lange nicht so leicht und bleibend zu fassen ist, wenn man sie blos verlesen hört, als wenn man solche vor Augen hat, und selbst lesen kann.

§. 40.

Die Partheyen sind dadurch genug gesichert, daß ihnen nachher das Factum des Referenten, der Extrakt, kurz alles, was vorgegangen ist, unverhohlen bleibt.

Soll-

Sollten sie erweisen können, daß ein wesentlicher Umstand bey der Berathung außer Acht gelassen worden sey; so muß ihnen, wenn nämlich darinn zu einer andern Entscheidung hinlängliche Gründe liegen, im Restitutionswege geholfen werden.

Umstände, die schon in den Akten vorgekommen, von dem Senate aber übersehen worden sind, müssen bey einer fernern Berathung eben so gut für Nova passiren, als neu beygebrachte Urkunden.

Obschon sie in Ansehung der Akten nicht neu sind; so sind sie es doch (worauf es wol hauptsächlich ankömmt) in Rücksicht des Senats.

§. 41.

Nöthig, wünschenswerth, von manchem guten Zwecke, von dem besten Erfolg (ich wiederhole diese Rücksichten nicht, die zum Theil oben schon vorgekommen sind, größtentheils aber in den angezognen Werken nachzulesen sind) würde es immer seyn, wenn aus den Entscheidungsgründen den Partheyen kein Geheim-

niß

nis gemacht würde. Noch nöthiger, ja unumgänglich nöthig scheint es aber dermal zu seyn, da nunmehr eine kürzere Referirart eingeführt werden, und davon bey der hohen Reichsversammlung bald die Frage seyn soll.

Im Vorbeygehen erwähne ich nur, daß mir letzteres so plausibel nicht vorkömmt, als es manchem zu seyn scheint. Ich werde meine geringen Gedanken an einem andern Orte hierüber äußern.

§. 42.

Sollten die bisher gewöhnlichen Extrakte ganz abgeschaft werden, (mit welchem Vorschlage sich unter andern der Hr. Verfasser einer im vorigen Jahre erschienenen Schrift, unter dem Titel: „Vorschläge zur Verbesserung der Referirmethode am kaiserl. Reichskammergerichte, einer künftigen Gesetzgebung zur Prüfung vorgelegt," am umständlichsten beschäftigt): So würde das Schicksal der Sachen größtentheils allein in die Hände des Referenten gelegt seyn.

Von ihm würde es allein abhängen, den Senat zu informiren, und die Vo-

tanten müßten sich hierauf ganz und gar verlassen; oder es müßte einer nach dem andern die Akten mit nach Hause nehmen, und solche nachlesen.

Daß letzteres im Allgemeinen nicht angeht, sieht man von selbst.

Dadurch aber könnte alsdann allein geholfen werden, wenn den Partheyen nachher der ganze Vortrag communicirt würde.

§. 43.

Die Entscheidungsgründe blos dem Urtheil einfließen zu lassen, ist nicht hinlänglich, ist mit Zeitverlust verknüpft; eben so auch, sie in einem Auszuge besonders mitzutheilen.

Das Ganze muß offen vorliegen; darf zum Besten der Gott geheiligten Justiz nicht verheimlicht bleiben. Die Relation, sämtliche Vota, kurz alles, was vorgegangen ist, die ganze Deliberation müßte auf Begehren und Kosten der Partheyen nicht nur abschriftlich mitgetheilt, sondern es könnten auch (wie bey der Rota Romana, mit der die kammergerichtliche

Pro-

Proceßart ohnehin vieles gemein hat*), die vollständigen Akten gedruckt werden.

Wie unterrichtend, wie nützlich, wie aufklärend für die Jurisprudenz würde es seyn, solche wichtige Berathschlagungen zu lesen!

Ob und in wie weit Rechtssätze aus reichsgerichtlichen Entscheidungen behauptet werden, und Autorität erhalten können? untersucht der große Staatsrechtslehrer Pütter **).

§. 44.

Ich enthalte mich, über das Mysterieuse in Gerichtshändeln hier noch umständlicher zu handeln, da ich so schon die Schranken einer Vorrede überschritten habe, obschon ich selbst an meinen Hauptzweck, den Leser mit dem vorliegenden Werke, und meinem fernern Vorhaben, bekannt zu machen, noch nicht gekommen bin. Selbst itzt muß ich noch einiges vorausschicken.

*) v. Harpprecht Staatsarchiv Th. 5. §. 5.

**) In seinen Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte, Th. 2. pag. 220.

§. 45.

Ich habe mich vorhin erklärt, wie ich die wirklich vorliegenden, über das Geheimniß sprechenden Gesetze (deren Aufhebung jedoch zu wünschen und zu erwarten ist) verstehe.

Die Frage also: Ob es einem Reichskammergerichtsmitgliede erlaubt sey, die Rationes decidendi durch öffentlichen Druck bekannt zu machen? halte ich durch die vorliegenden Gesetze offenbar für negative beantwortet.

Fragt man aber die Observanz, so spricht diese laut pro affirmativa, und die vorerwähnten Gesetze scheinen nicht anders als hierinn für stillschweigend aufgehoben zu halten zu seyn.

§. 46.

Es schreibt sich diese Observanz bekanntlich schon von mehrern Jahrhunderten her, worüber die Werke der Kammergerichtsassessoren **Mynsinger**, **Gail**, **Meichsner**, und anderer *) zeugen.

Der

*) Vid. *Deckherr* in Diss. de cultu iur. cam. Daß die Litteratur im Cameralfache hauptsächlich

Der berühmte Kammergerichtsprokurator Deckherr *), der noch in der letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts schrieb, scheint sogar für sich keinen besondern Anstand gefunden zu haben, seiner Sammlung kammergerichtlicher Relationen und Abstimmungen die Namen der Referenten beyzusetzen, da er in der Vorrede zu diesem Werke sagt, daß nur sein Verleger für besser gehalten habe, solche sowol, als auch die Namen der Partheyen wegzulassen.

Der unter den Cameralschriftstellern unstreitig den ersten Platz behauptende Ludolf, der noch während der vorletzten Visitation im J. 1711 die Kammergerichtsassessoratsstelle antrat, hat nachher seine Observationen, und die Symphoremata

lich hieraus, und aus dem Discursu praeliminari zu der Zwierleinischen Ausgabe des jur. cam. von Ludolf zu schöpfen sey, brauch ich nicht zu erwähnen.

*) Eine Skizze von dem Leben dieses grundgelehrten Mannes, der zu großem Verlust der gelehrten Welt und des gemeinen Bestens nur etliche und 40 Jahre alt geworden ist, s. im Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte, 5tes St. 1786. pag. 420.

mata Consult. & Decis., worinn die förmlichen Relationen und Vota vollständig abgedruckt sind, dem Kammergerichte selbst zugeeignet *), und der Freyh. v. **Cramer** hat

---

*) Kaum kann ich mich enthalten, aus diesen Zueignungsreden mehrere Stellen, die mit nachdruckvoller Wahrheit, und ausnehmend schön gesagt sind, herzusetzen. Nur von einigen sey mir der Auszug erlaubt: „*Arcana non sunt, neque dici possunt, quae in utramque partem a litigantibus eorumque patronis disputata, tandem publica judicantium pronunciatione sunt definita.*“ (Ein unverkennbar wahrer Satz, der sich schon bey dem *primo Fundatore jurisprudentiae cameralis*, wie ihn Deckherr und Ludolf nennen, bey dem berühmten Mynsinger mit den nämlichen Worten aufgestellt findet. Vid Praef. ad ejus Observ.). „Haec si in arcanis ponenda forent, & in perpetuo quasi carcere recondenda, per varios casus facile peritura, carendum nobis esset praeclaris rerum forensium monumentis a priscis antecessoribus celeberrimis relictis. — Cui vero usui tandem erunt labores Assessorum, si vel vetustate aut ipsius chartae scriptoriae vitio corrumpuntur, & a mucore & arrosione conservari non possunt? De periculo conflagrationis nihil dicendum. Res est in omnium oculis, cui ut ab Imperii Statibus remedium adferatur, ut, qui possunt, hoc etiam serio & cum effectu velint, optamus, speramus, ex-

hat seine Nebenstunden im Angesichte der letzten Visitation fortgesetzt.

§. 47.

Daß die Bemühungen des letztern von der hohen Visitation nicht ganz gebilligt worden sind, hatte hauptsächlich die Besorgniß zum Grunde, daß ein Assessor, ohne seinen Amtsgeschäften manche Zeit zu entziehen, nicht wol als Schriftsteller auftreten könne; daher denn auch den Kammergerichtsbeysitzern durch den Reichsschluß von 1775 das Bücherschreiben eingeschränkt worden ist.

§. 48.

Bey den übrigen Gerichtspersonen, die außer der Sessionszeit selten mit Amtsgeschäften beladen sind, fällt jene Rücksicht weg; und diese können ihre übrige Zeit sicher nicht besser, als auf die Art zum Besten des Publikums verwenden.

expectamus. Praestaret itaque, ut memoriae perpetuae traderentur ab interitu secura monumenta potiora rerum in supremo Imperii Dicasterio curate elaboratarum & matura deliberatione decisarum. Sic etiam constaret publice, ab Antecessorum industria non recessisse Assessores modernos, defungi eos labore non levi & transitorio, sed cum meditatione matura & maxime ardua."

Unbesorgt kann ich mit Deckherr sagen: *Cur mihi non liceat, quod illi post tot alios sibi licere putaverunt?*

§. 49.

Davon übrigens, daß Sammlungen reichsgerichtlicher Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle, mit umständlicher Beurtheilung und Ausführung darüber, dem Publikum nutzen können, brauche ich wol nicht anders, als von einer längst entschiednen und allgemein anerkannten Sache, zu reden.

Den Partheyen, den Advokaten, dem Richter, jedem Gelehrten mussen sie interessant seyn.

§. 50.

Ich will hiermit meiner Arbeit keinen Vorzug beylegen, denn sie verdient es nicht. Das Lob gehört dem Gerichte, dessen würdigen Mitgliedern der Leser die hier vorliegenden, mit vielem Fleiße und hervorleuchtender großer Kenntniß gelieferten, rechtlichen Ausführungen zu verdanken hat.

Mir gehört nichts, als die angenehme Mühe, die merkwürdigsten Relationen zu sammeln, die Mühe, größtentheils die

Alle-

Allegata nachzuschlagen, um ein allenfalsiges Versehen zu berichtigen, die vortreflichen juristischen Ausführungen aus jenen kammergerichtlichen Vorträgen auszuziehen, ihnen die Form einer Abhandlung zu geben, um solche im Allgemeinen desto brauchbarer zu machen, größtentheils jedoch das Factum, das nach jenen allgemeinen Grundsätzen beurtheilt worden ist, im Kurzen mit einzuflechten, und dann die aufgestellten Grundsätze mit dem ergangnen Urtheil, oder auch mit mehrern, die mir bekannt sind, und auf den nämlichen Principien ruhen, zu bestätigen, hie und da auch, wenn mir dergleichen bewußt ist, von Entscheidungen, die in ähnlichen Fällen anders ausgefallen sind, Erwähnung zu thun, über welch letzteres ich unter andern z. B. auf den Rechtsfall N. XI. hinweise.

§. 51.

Wer nicht die Fabel des Talmud von den 70 Dollmetschern realisirt sehen will, der darf sich über das zuletzt gesagte, nämlich über die, bey allen Gerichten in der Welt sowol, also wol auch bey dem Kammergerichte, welches (die einzelnen

Senate in Betrachtung gezogen) so zu sagen mehrere separate Gerichte vorstellt, vielleicht mehrmal vorgekommene contraire Entscheidungen einer und der nämlichen Frage*) nicht besonders wundern. Schon **Fichard** **) behauptete vor fast 200 Jahren: In camera in iisdem causis saepe contrarias latas esse sententias.

Ueber die Contrarietät der sogenannten Präjudicien findet sich unter andern verschiednes bey **Ludolf** in Observ. Tom. I. Suppl. I. auch in der Vorrede zum 3ten Tom. seiner Symphorematum, und bey **Deckherr**, der ein ausgemachter Feind von Praejudiciis ist, in introduct. in notit. rei jurisque cam. cap. 8.

Wer von dieser Materie mehreres nachlesen will, der kann sich bey dem Freyh. von **Cramer** in dem 3ten Th. der Beytr. Abh. 26, und noch mehr in **Tafingers** Institutionen Sect. II. §. 356. Raths erholen,

*) Carl Ludw. Wille oder vielmehr Jo. Georg Estor Diss. de sententiis contrariis eodem tempore circa idem negotium litigiosum latis. Marburg 1759.

**) In Consiliis, Vol. II. Cons. 59. n. 8.

len, wo in der Note f. die meisten von der Auctorität der Präjudicien handelnde Schriften angezeigt, die eben erwähnte Stellen aus **Ludolf** und **Deckherr** aber ausgelassen, jedoch andere Werke von ihnen angeführt sind.

Besonders gefällt mir, was ich unter andern bey dem scharfsinnigen Philosophen und Staatsmann *Baco* de Verulam in seiner Schrift de certitudine legum aphor. XXX. finde: *Praejudicia in consilium tantum adhibentur, non vero jubent, aut imperant.*

Als hauptsächlich merkwürdig aber sind in der schon erwähnten Vorrede zu dem IIten Theil des Hauptregisters über die **Cramerischen** Werke §. 23 verschiedne ganz neue Ideen hierüber nachzulesen.

§. 52.

Bey allem dem bleibt jedoch sehr zu wünschen, daß die wirklich contrairen Entscheidungen (ich sage wirklich, denn der größte Theil ist wol nur scheinbar; minima circumstantia variat casum) so viel als möglich vermieden werden könnten.

Dies kann aber nur allein dadurch erzielt werden, wenn die bey dem Kammer-

mergerichte in Praxi variante versirende Fragen gesammlet *), und durch eine gemeinsame Berathung für die künftigen Fälle auf eine gewisse Thesin festgesetzt würden.

Bekanntlich ist dies in den Gesetzen vorgeschrieben, und der Wunsch, daß diese nothwendige und vortrefliche Verfügungen auch wirklich in hinlänglichem Maaße be-

*) Die Methode, die hierüber Ludolf vorschlägt, ist vortreflich, ist die einzige, die zu dem Zweck führen könnte, und sehr leicht ins Werk zu setzen. „Quae in aliis Senatibus decernuntur, & dijudicantur, raro ad aliorum Assessorum, qui de eo Senatu non sunt, pervenit notitiam. Necesse ergo foret, ut denominarentur ex singulis Senatibus, qui casus occurrentes annotarent, dein certo tempore convenirent, & inter sese communicarent & conferrent.“ Vid. *Rerum in Camera decisarum collectio nova continens Sententias potiores de* 1588 *usque* 1688, *in Praef.* Im Vorbeygehen erwähne ich hier, daß dieses anonymice edirte Werk ganz außer allem Zweifel dem Hrn. von Ludolf zuzuschreiben ist, da er in Praef. zu seinen Symphorematibus sich einigemal selbst als den Auktor nennt. Dies muß dem berühmten Herausgeber des vermehrten Ludolfischen jur. cam. der in Discursu praeliminari hierauf aus andern Gründen den Schluß machte, entgangen seyn.

befolgt werden möchte, muß jedem mit dem großen Kammergerichtsbeysitzer von Harpprecht *), dem Freyh. von Cramer **) und andern natürlich seyn ***).

§. 53.

Inzwischen ist dies noch neuerlich mit einigen Fragen so geschehen, und mehrere andere scheinen schon auf dem Wege dahin begriffen zu seyn.

Unter letztern zeichnen sich z. B. aus: Ob bey juribus & servitutibus eine Adpellationssumme nöthig sey?

Ob fructus cum sorte ad constituendam summam adpellabilem cumulirt werden können?

Ob bey querelis nullitatum auch auf die summam zu reflektiren? Ob alsdann Summa ordinationis, oder selbst auch privilegii, zu attendiren sey? Ferner:

Ob Mandata S. C. in causis spolii simplicis erkannt werden könnten?

Ob

---

*) Staatsarchiv P. III. §. 183.

**) Nebenst. 40. Th. Abh. 8 §. 7.

***) Dafür ist bey der weisen Einrichtung des Preußischen Justizwesens die Gesetzcommission.

Ob gegen ein Mandatum S.C. wenn der Extrajudicialsenat wichtige Exceptiones juris übersehen hat, solche nachher nicht mehr Statt finden könnten? und andere.

§. 54.

Ich muß mich so schon zum zweytenmal erinnern, daß ich die Gränzen einer Vorrede schon längst überschritten habe, und mag mich daher über diese hier nur kürzlich berührte Materie nicht länger aufhalten. Nur das will ich noch anführen, daß der beyden letztern Fragen in einer über die Verfassung des Kammergerichts unter dem Titel: „Pflichtmäßiges Gutachten über die auf dem Reichstage in Berathschlagung stehende Materien von der Reichskammergerichtlichen Justizverbesserung, „im vorigen Jahre herausgekommenen, mit der gedrungensten Kürze entworfenen Schrift, deren Verfasser der in der gelehrten Welt rühmlichst bekannte Hr. Geheimerath v. **Zwierlein** ist, §. 12 schon die bündigste Erwähnung geschehen ist.

Die unumgängliche Nothwendigkeit, sich hierüber bald eines gemeinsamen Schlusses zu vereinigen, ist darinn auf das treffendste geschildert.

Eben

Eben so halte ich die nerveuse an dem angeführten Orte vorkommende Erörterung dieser Fragen schon zum voraus durch den Beyfall der mehrern Stimmen einer gemeinsamen kammergerichtlichen Berathung gekrönt.

Möchte es nur bald zu dieser Berathschlagung kommen; denn eine starke Antinomie würde es doch seyn, wenn das Schicksal einer Sache verschieden seyn sollte, je nachdem sie einem verschiednen Senate zugetheilt würde, wo, in einem oder dem andern, eine oder die andere Meynung die Oberhand hätte.

§. 55.

Ich kehre zu meiner hier vorliegenden Sammlung zurück.

Die illüstern Fälle über Staatsverhältnisse, Klagen des Landes gegen den Landesherrn, Streitigkeiten zwischen Capitel und dem Fürsten, u. d. gl. finden sich in diesem Iten Theile nicht. Die interessantesten sind sie freylich, besonders die neuern. Da aber die meisten aus meiner Sammlung hiervon entweder schon auf fernern Rechtsmitteln beruhen, oder doch sicher über kurz oder lang dahin gedeihen:

So

So habe ich, um der oben erwähnten (jedoch erwiesener Maaßen nichts bedeutenden) Bedenklichkeit, wegen angeblich verursacht werden könnenden nachtheiligen Gebrauchs der Entscheidungsgründe in Restitutorio, gleichwol gänzlich auszuweichen, solche weggelassen, und werde auch in der Folge keiner andern, als nur ganz entschiedner und auf sich beruhender Sachen gedenken.

Ich empfehle mich der gelehrten Welt, besonders den Herren Recensenten, von denen ich gegründete Erinnerungen um so mehr mit Dank annehmen werde, als solche, da ich einer ununterbrochenen Fortsetzung entgegensehe, von Nutzen seyn könnten, und schließe mit dem, was **Deckherr** in praefat. ad introduct. in notit. rei jurisque cameralis sagte:

Si probatur institutum, confidentiora sunt sequentia; sin minus, secursus ad priorem fortunam patet regressus.

Geschrieben Wezlar im Febr. 1789.

Iter

Erster Rechtsfall

über die Frage:

Kann die Partey wider ein aus Verschulden ihres nachlässigen Anwalts ergangnes widriges Urtheil *in integrum* restituirt werden, oder muß sie die Nachlässigkeit ihres Anwalts büßen?

Inhalt.

§. 1 — 3. Gesetze hierüber.
§. 4 und 5. Meinungen der Rechtslehrer.
§. 6 und 7. Grundsätze des Kammergerichts in ältern Zeiten: daß das Restitutionsgesuch nur in dem Falle, wenn die Insolvenz des Prokurators zuvor erwiesen würde, zu gestatten; sonst aber, mit Vorbehalt des Regresses gegen denselben, abzuschlagen sey.

§. 8. In der Folge hat man jedoch die Sache so genau nicht genommen.

v. Ludolfs, Observationes hierüber.

§. 9 — 17. Prüfung derselben. Er beruft sich auf den Mevius, Carpzov und Gail; die angezognen Stellen berühren aber theils die eigentliche Frage gar nicht, theils zeugen sie gerade gegen seine Meinung.

§. 18 — 21. v. Cramers Observationes hierüber. Prüfung derselben. Die hierin allegirten Praejudicia schlagen auf den Fall, wo das Verschulden des Prokurators offenbar ist, nicht an.

§. 22 und 23. Auslegung eines Praejudicii, welches Roding in Pand. cam. anführt, der sich sonst mit seinen übrigens geäußerten Behauptungen widersprechen würde.

§. 24 — 36. Rechtsfall über die vorliegende Frage. Erwägung der Prämissen. Bezug auf den erzählten Fall. Schlußfolge. Rückgang auf die ältern kammergerichtlichen Grundsätze, und Entscheidung der Frage dahin: daß die Restitution, salvo regressu contra procuratorem, abzuschlagen sey.

§. 37. Nachher ist die Frage als ein Dubium camerale zur Berathschlagung in vollen Rath gezogen worden, worin der provisorische Schluß auf die entgegengesezte Meinung: daß nämlich die Partey gegen das Verschulden ihres Anwalts, dieser möge solvendo seyn oder nicht, in integrum zu restituiren sey, durch die Mehrheit der Stimmen ausgefallen ist.

§. 1.

Die Regel ist richtig: Negligentia Procuratoris nocet Principali. Die Worte des *Leg.* 10. *C. de procurat.* sind hierüber entscheidend: „Si Procuratur plenam potestatem agendi habuit, rem judicatam rescindi non oportet, cum siquid fraude vel dolo egerit, convenire eum more judiciorum non prohibearis.“

§. 2.

So gar diejenigen, welche rei publicae causa abwesend seyn mußten, sind von dieser Regel nicht ausgenommen, nach dem deutlichen Inhalt des *Leg* 39. *ff. ex quibus causis major.* „Is, qui rei publicae causa absens erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur.“

§. 3.

Zwar scheint dieses Gesetz dem eod. tit. ganz nahe vorhergehenden Leg. 26. §. ult. zu widersprechen, wo es heißt: „Legatione quis pro civitate functus est aequissimum est, eum restitui, licet reipublicae causa non absit; & saepissime constitutum est, adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem, sive non.“

Es läßt sich aber gar wol mit *Brunemann* ad has leges behaupten, daß dieses leztere Gesetz nur von dem Falle zu verstehen sey, si Procurator non potuerit defendere absentem, und wenn mithin der Abwesende absque culpa sui procuratoris lädirt worden wäre.

§. 4.

Man sieht hieraus, daß der Saz: quod ob procuratoris negligentiam principalis restituendus non sit, beinahe keine Ausnahme leidet.

Die meisten Rechtslehrer statuiren jedoch einen Abfall von der Regel alsdann, wann der Prokurator nicht solvendo seyn sollte.

Oddus de restit. in integr. partes, quaest. 13, *num.* 44.
Leyser in meditat. ad ff. spec. 64, *medit.* 3.
Berger Oecon. jur. Lib. 4, *tit.* 9. §. 4.

§. 5.

Ob nun schon diese Sententia media denjenigen, welche rigorem juris behaupten, nicht ansteht; so ist solche doch fast durchgängig in praxi angenommen. Eben so ist aber auch im Gegentheil ein fast allgemein anerkannter Saz, daß von dieser Restitution, so lange

die

die Insolvenz des Procuratoris nicht erwiesen ist, keine Frage sey.

Leyser sagt l c.: „Praeferimus, nostramque facimus illorum sententiam, qui restitutionem in integrum admittunt, sed tantum in subsidium, excusso videlicet & insolvendo existente procuratore. Haec Sententia media, etsi non paucis displiceat, tamen optime cum legibus conciliari potest, & in Camera Imperii recepta, aliorum quoque collegiorum assensu comprobata est.“

Er führt hierauf zwei Helmstädtische Urtheile an, worin den Parteyen zu beweisen aufgegeben wurde, daß ihre Anwälte nicht solvendo seyen.

Berlich stellt die Frage auf: „Si advocatus terminum probatorium elabi passus fuerit, an principalis ejus in integrum restituatur?“ und antwortet: „Negatur, sed negligentia procuratoris hoc in casu nocet domino; habet tamen dominus adversus procuratorem, si solvendo est, regressum pro suo damno & interesse, & ita in judiciis curialibus observatum.“ (parte I, Conclus. 38, num. 62.)

Eben dieses behauptet *Berlich* an einem andern Ort, falls der Prokurator die interpositionem adpellationis vel leuteratio-

nis versäumt hätte. (parte I, Concl. 49, num. 20, 21, 22.)

Hartmannus Pistor führt den Fall an: „quod cuidam per Sententiam injuncta fuisset probatio, isque elapso termino allegaret, procuratorem, quem constituerat ad litem prosequendam, se certiorem non reddidisse de sententia lata, ideoque sese restitui peteret, interim tamen ex actis satis adpareret, procuratorem etiamnum solvendo esse, Domini restitutionem hanc non concedendam existimarunt, sed simpliciter eum post terminum probatorium lapsum amplius non admittendum pronuntiarunt." (P. I. quaest. 36.)

§. 6.

Das Kammergericht hat in ältern Zeiten stets eben so gedacht.

Gail Lib. I, Observ. 45 sagt: „Saepe quaesitum, annon detur domino restitutio adversus negligentiam procuratoris? Dicendum, quod non, eoquod ordinarium remedium adversus procuratorem negligentem habeat, nimirum actionem mandati ad damna & interesse. — Haec tamen doctrina fallit, si procurator negligens non sit solvendo, ita quod dominus damna & interesse ab eo actio-

actionis via conſequi non poſſit; nam tunc reſtitutio in integrum domino petenti concedenda eſt. — Unde cauti advocati ſolent plerumque in ſupplicationibus pro reſtitutione in integrum allegare, procuratorem negligentem non eſſe ſolvendo."

Roding in Pand. jur. cam. lib. 3, *tit.* 60, §. 26 lehrt: „Si proceſſus jam reproducti ſunt, & procurator ex adverſo apud acta eſt, reſtitutiones adverſus lapſum fatalium decernuntur facillime, ſi fatalia lapſa ſint vel per negligentiam nuncii, aut notarii, vel etiam procuratoris, modo notarium aut procuratorem non ſolvendo eſſe, judici conſtet."

Schwanmann in Proc. Cam. lib. I, Cap. 22, *num.* 10 *ſeq.* erklärt ſich hierüber noch umſtändlicher dahin: „Si nuncius cameralis proceſſus adpellationum non rite ſit executus, res ſalva manet, & nuncius denuo executionem ſuis ſumtibus iterare cogitur. Secus quoad Notarium, qui proceſſus minus legitime inſinuavit. Tunc enim tota cadit cauſa, principali tamen actio mandati adverſus negligentem notarium competit, (per leges & Authores) quae leges & doctores, licet partim de procuratore loquantur, atta-

men quia eadem est ratio, ideoque & hoc casu etiam locum habent. Si tamen notarius non fuerit solvendo, via extraordinaria succurritur laeso per restitutionem in integrum. Ita factum in causa Haidof contra Schwalbach. Ratio diversitatis haec allegari poterit, quod in optione principalium non sit, quem velint nuncium eligere, secus quoad notarios.“

Dahin zielt auch das Decretum commune vom 28. Jan. 1657, §. 2: „Sollen die Procuratores mit Ausbringung der Prozesse sich dergestalt befördern, damit die Insinuation noch vor Ablauf der 4 ersten Monate geschehen möge; im Fall sie aber nach deren Verfließung erhebliche Ursachen beibringen könnten, aus welchen evidenter erscheinen würde, daß sie und ihre Prinzipalen sich nicht selbst arretirt hätten, sollen sie nach Gestalt der Sachen bis zu künftiger Visitation brevi manu restituirt werden.

§. 7.

Aus allen diesen Nachrichten kann man den untrüglichen Schluß machen, daß das Kammergericht in ältern Zeiten nie anders dafür gehalten hat, als daß, ad ductum juris communis, die Partheyen ob negligentiam

pro-

procuratorum nur alsdann in integrum restituirt werden könnten, wann sie zuvor bewiesen, daß ihre procuratores nicht solvendo seyen.

§. 8.

In neuern Zeiten hingegen hat man öfters die Sache so genau nicht genommen.

Ludolf in Observat jur Cam Obs. 124 schreibt hierüber: „Factum procuratoris nocere clienti, communis est sententia, sed non ita recepta, ut exclusum sit judicis officium pro qualitate circumstantiarum. Damnum enim litis ut ferat cliens ob negligentiam procuratoris in observandis formalibus processus, durissimum foret, & justitiae non consentaneum. Nihil haec facit ratio, quod quilibet scire debeat, cui res suas committat; nam in judiciis supremis procuratores publice sunt constituti, quorum diligentiam probatam esse, quilibet credendi habet causam. Ergo si talis facienda praetermisisset v. g. juramentum calumniae in termino non praestando, & similia, nemo non agnoscit, hanc culpam clienti damno esse non debere. Citra ambages a judice erit decernenda restitutio, procuratoris autem negligen-

tia punienda; & ita conclusum saepius meminimus."

Ferner führt eben derselbe *P.* 3, *Observ.* 254 den Fall an, wo der Prokurator absque petita prorogatione das Quadrimestre hatte verstreichen lassen. Er sagt: „Nulla erat culpa adpellantis, quia de procuratorum Camerae diligentia erat persuasus; es sey deswegen der Prinzipal restituirt, der Prokurator aber gestraft, und in die Gerichtskosten des Restitutionsprozesses condemnirt worden."

Endlich behauptet er *in supplem. Observ.* 355: „Ubi vitium insinuationis provenit a mandatario adpellantis, quales sunt plerumque non in eo statu, ut damnum resarcire possint, hinc facilis fuit olim Senatus cameralis ad restituendum adpellantem. Quodsi difficilior videretur causa restitutionis, non erraturus esset judex, si ad merita causae principalis respiceret, qua de re videndum est votum Merckelbachii Assessoris *in collect. Klockii relat.* 20. *num.* 8 & 9. Recentior casus occasionem dedit vetera monumenta investigandi. Insinuatio processuum facta erat per Notarium non adpellato, sed mandatario cuidam, de cujus mandato non constabat. Adpellans grave

grave praejudicium desertionis metuens, restitutionem petit, hac re motus Senatus proclama concessit. Anno 1738."

§. 9.

Aus diesen Stellen sieht man nun zwar, daß in neuern Zeiten weit leichter, als sonst, mit der Restitution ob negligentiam procuratoris verfahren worden ist. Demungeachtet läßt sich daraus nicht abnehmen, daß solches indistincte auch im Falle, si procurator solvendo fuerit, geschehen sey. Die Worte der zulezt angeführten Observation „*quales sunt plerumque in eo statu, ut damnum resarcire non possint*" scheinen fast das Gegentheil zu verrathen. Soviel scheint indessen gewiß zu seyn, daß man die insolventiam procuratorum eben so genau nicht hat untersuchen wollen.

§. 10.

Man kann sich aber nicht vorstellen, daß von der deutlichen Verordnung der gemeinen Rechte, worauf das Kammergericht verpflichtet ist, ex imaginaria aequitate so ganz abgewichen worden sey.

Die in der ersten oben ausgehobenen Ludolfischen Observation angeführte Ursache, quod procuratores sint publice con-

constituti, ist offenbar unerkleklich. Die Procuratores waren ehehin ebenmäßig publice constituti, und in andern Gerichten sind sie es auch. Diese ratio würde nur alsdann von Gewicht seyn, wann jeder Partey, so wie dies bei den Sachen der Armen geschieht, der procurator in ordine constitutus angewiesen würde; alsdann nämlich würde, ex paritate rationis, von den Prokuratoren die nämliche Bemerkung gelten, welche *Schwanmann* von den Kammerboten sehr richtig macht.

§. 11.

Man kann gleichwohl zugeben, daß in dem von *Ludolf* namentlich angeführten Falle, wo der Prokurator das juramentum adpellationis versäumt hatte, und in allen solchen Fällen, die ohne alles Zuthun der Partey blos von dem Anwalt abhangen, der Richter wegen eines augenbliklichen Versehens des Procuratoris mit Ertheilung der Restitution leichter verfahren könne, als wenn eine lange Zeit fortgesezte wirkliche Nachläßigkeit zum Grund liegt.

§. 12.

Ludolf beruft sich bei der eben erwähnten Observation auf den *Mevius* und *Carpzov*.

Der

Der erste glaubt aber nur, daß die Parteyen ob negligentiam advocatorum, nicht aber procuratorum, restituirt werden mögten. Seine Worte bestätigen vielmehr den der Ludolfischen Meinung entgegengesezten Saz. Sie sind folgende: „Etsi per jus commune negligentia procuratoris nocet Domino, qui sibi computare debet, quod tam negligentem elegerit, indeque communis ICtorum Sententia concludit, adversus istum consuli domino mandati actione ad damna & interesse, nec competere extraordinarium restitutionis in integrum auxilium, modo procurator solvendo sit; tamen de advocato secus sentiendum putabatur, quod ille dominus litis non fuerit." (P. 3, Decis. 29.)

§. 13.

In der von *Ludolf* allegirten Stelle des *Mevii* aber, nämlich *P. I, Decis.* 218, ist gar von keiner culpa advocati oder procuratoris die Rede; sondern es wird dort die Frage untersucht, an mulieres ad exemplum minorum restituantur contra lapsum fatalium, abstrahendo prorsus, an hae mulieres procuratorem habuerint, nec ne.

§. 14.

§. 14.

Zwar findet sich im gedachtem *Mevio* noch eine andere Decision, worin er ausdrüklich statuirt, quod procuratoris negligentia in lapsu fatalium domino non noceat. *Mevius* sagt aber notanter dabey, daß dieses also bei ihm contra jus commune per specialem ordinationem judiciariam versehen sey. (*P.* 5, *Decis.* 206.)

§. 15.

Carpzov hingegen handelt in dem angezogenen *responso* 95, *Lib.* 2 gar nicht de negligentia procuratorum, sondern nur überhaupt de restitutione ecclesiarum, minorum, & universitatum.

Es läßt sich also nicht reimen, wie sich mehr erwähnter von *Ludolf* auf den *Mevius* und *Carpzov* habe berufen können, wenn seine Meinung ist zu beweisen, quod restitutio locum habeat, etiamsi procurator solvendo sit.

§. 16.

In der zweiten, oben §. 8 angeführten, Observation allegirt derselbe den nämlichen *Mevium*, und eben jene observationem *Gailii*, die hier bereits §. 6 wörtlich ausgehoben ist.

Wie sehr nun aber *Gail* entfernt sey, den Satz zu behaupten, quod restitutio decerni queat, etiamsi procurator solvendo sit, geben dessen eigne Worte, welche gerade das Gegentheil festsetzen.

§. 17.

Der dritten, oben angeführten, Ludolfischen Observation liegt endlich selbst das praesuppositum zum Grunde, quod procurator vel notarius solvendo non sit.

Man mag also den Hrn. v. *Ludolf* betrachten, wie man nur immer will, so kann man doch nicht als sicher annehmen, daß er auch in dem Fall, wann der Prokurator solvendo ist, die Restitution indistincte habe gestatten wollen.

§. 18.

Seine Meinung scheint zwar in der Folge mehrmal Beifall erhalten zu haben. Wenigstens findet man bei dem Freih. v. *Cramer in observ. tom.* 1, *observ.* 343. *tom.* 2, *observ.* 593 zwei Beispiele, wo mit Beziehung auf *de Ludolf* ob culpam procuratoris die Restitution erkannt worden sey.

In der lezten Stelle heißt es gerade hin, absque omni allegatione legum & authorum: „Quodsi prorogatio generaliter non petita, mora procuratori imputanda,

tanda, sicque cum parti nocere nequeat, pro restitutione in integrum supplicandum.

§. 19.

Sieht man aber die angezogenen Fälle selbst an; so ist wirklich die culpa procuratoris so beschaffen gewesen, daß sie beinahe keine culpa zu nennen, mithin allerdings wohl zu verzeihen war.

Der erste Fall besteht darin: Nach erkannten Prozessen gab der Prokurator solche in die Expedition. Die Kanzlei expedirte die compulsoriales aus Versehen gegen das fürstl. Paderbornische Hofgericht, anstatt daß solche gegen die Regierung daselbst hätten ausgefertigt werden sollen. Der Prokurator nahm den Fehler nicht wahr, sondern ließ auch auf solche Weise die Insinuation unrichtig geschehen. Er merkte aber den Fehler nachher, ließ sogleich die Prozesse nochmal expediren; und der fürstlichen Regierung insinuiren, welche auch die acta priora einschikte Wegen dieses Versehens nun bestand der adpellatische Theil auf der Desertion, und glaubte, die Adpellantin müsse sich actione mandati gegen ihren Anwalt begnügen.

Der damalige Referens hatte in diesem Fall ganz recht, wann er sagte: die Kanzlei

sey

sey mit in culpa, und das Kammergericht lasse den Parteyen das Versehen der Prokuratoren nicht gleich entgelten. Er wolle mithin die Appellantin in integrum restituiren, und würde auch nicht entstehen, gegen den Prokurator, wenn er noch lebte, secundum tradita *D. de Ludolf*, die doppelte Strafe nach Ermäßigung vorzubehalten.

Diesen Gründen hätte sich noch hinzusetzen lassen, daß die Adpellantin eine Wittib sey, welcher mit einer Regreßklage, zumal wider die Erben des Anwalts, schlecht geholfen werde.

§. 20.

Der zweite von dem Freih. v. Cramer l. c. angeführte Fall war dieser: Der Prokurator exhibirte seine supplicam pro processibus in der gesetzlichen Zeit; die Sache kam aber spät zum Vortrag, und es verlief das quadrimestre culpa judicis, nicht aber procuratoris, ehe die Prozesse erkannt wurden. Der Prokurator entschuldigte sich mit *de Ludolf*, welcher von diesem Fall sagt: „Cum rationi juris sit consentaneum, ut adpellanti, qui fecit, quod oportebat, fatalia currere non debeant, existimarem omnes istas prorogationes ob abusum multiplicem tollendas esse potius, quia

mora judicis parti nocere non debet.“ (*in animadv. ad Magenhorst. obs.* 95 96. 97.) Der Senat hielt aber dafür, der Prokurator hätte wenigstens prorogationem generaliter, seu quatenus opus, bitten müssen, und als idem procurator pro restitutione in integrum bat, so wurden die Prozesse, praevia restit. in integrum b. m. erkannt.

§. 21.

Bei diesen Fällen ist so wenig culpa procuratoris zu finden, quod judex etiam absque restitutione processus decernere potuisset.

Man sieht also hieraus, daß diese beiden praejudicia auf den Fall, wo das Verschulden des Prokurators offenbar am Tag liegt, gar nicht anschlagen.

§. 22.

Endlich findet man zwar bei *Roding l. c.* §. 22 ein Urtheil in extenso, worin pars adpellans, ob negligentiam procuratoris, contra emanatam desertoriam restituirt, der Prokurator hingegen um 4 Mark Silber gestraft, und in die Unkosten retardatae litis, von Zeit des Desertoriurtheils an, condemnirt ward.

Man

Man sieht aber aus dem Urtheil selbst, daß die Sache in der Restitutions-Instanz versirte, und daß die desertoria deswegen ergangen war, weil der Prokurator den Restitutionseid, (welcher dermal gar nicht mehr wirklich geschworen wird) zu spät abgelegt hatte. Ex rubro Sententiae ergiebt sich auch, daß die Adpellantin eine Wittwe war, welcher Umstand nur schon allein ad decernendam restitutionem hinreichen konnte.

§. 23.

Eine exceptionem a communi regula muß man sich wenigstens bei diesem praejudicio vom J. 1680 immer nothwendig denken; denn sonst würde *Roding*, der solches allegirt, sich selbst widersprechen, da er gleichwohl behauptet, daß die Restitution nur alsdann geschehe, si procurator solvendo non sit.

§. 24.

Diesen bisher geäußerten Grundsätzen zufolge, ward an dem kaiserl. Kammergerichte in Sachen Jud Menkischer Erben, Adpellanten, wider Juden Seeligmann Wolf, Adpellaten, die nachgesuchte Restitution per Sententiam de 20. Febr. 1782 abgeschlagen, und der saumselige Anwalt zum Ersatz des der

Partey durch seine Nachlässigkeit verursachten Schadens condemnirt.

Der Fall war kürzlich folgender:

§. 25.

In erwähnter Sache war am K. Gerichte den 2ten Sept. 1778 ein Definitivurtheil eröfnet worden, das aus zwei Hauptgegenständen besteht. Der erste ist der Adpellanten großmütterliche Erbschaft, der zweite deren väterliche Verlassenschaft.

In Ansehung der großmütterlichen Erbschaft ward erkannt, daß die Adpellanten solche, samt allen vom J. 1737 daraus gezogenen Nutzungen, aus der väterlichen Verlassenschaft voraus wegzunehmen hätten, und daß der Adpellat das Vermögen der Großmutter innerhalb 2 Monaten eidlich ediren solle.

In Ansehung der väterlichen Verlassenschaft wurde den Adpellanten annoch frei gelassen, deren wahren Bestand zu beweisen, allenfalls auch ihrem Gegentheil das juramentum manifestationis zu deferiren.

§. 26.

Nun gab der adpellatische Anwalt seinem Prinzipalen von dem ergangenen Urtheil keine gehörige Nachricht, und ließ den ad jurandum

dum festgesezten Termin, sogar ohne dessen Verlängerung nachzusuchen, ablaufen.

Es bat daher nach dessen Umlauf der adpellantische Anwalt, dem Adpellato contumaci entweder die Edirung des Status bei schwerer Strafe und kurzem Zeitansaz aufzugeben, oder aber seine Prinzipalen desfalls ad juramentum in litem zu lassen.

Gegen dieses Petitum hielt sich der adpellantische Anwalt zwar competentia intra terminum legis bevor, bekümmerte sich aber um den in sententia ad jurandum angesezten Termin weiter nicht, und ließ bis den 28ten Sept. 1779, wo paritoria ad sententiam ergieng, kein Wort mehr von sich hören.

§. 27.

Von adpellatischer Seite wurde in contumaciam anzurufen fortgefahren und dem Gegentheil das juramentum manifestationis in Ansehung der väterlichen Erbschaft deferirt; worauf paritoria ulterior ergieng, und dem Adpellaten, sich ratione delati juramenti zu erklären, aufgegeben ward.

§. 28.

Von diesem Urtheil gab der adpellatische Anwalt seinem Prinzipalen gar keine Nach-

richt. So geschah es, daß die Appellanten, aus Nachlässigkeit und Verschulden des adpellatischen Sachwalters, durch ein weiteres Urtheil in Ansehung der grosmütterlichen Verlassenschaft zu dem anerbotenen Eide in contumaciam zugelassen wurden; in Ansehung der väterlichen Erbschaft ward dem adpellatischen Anwalt, um sich wegen des deferirten Eides zu erklären, annoch Zeit eines Monats angesezt.

§. 29.

Gegen dieses Contumacialurtheil will nun Adpellat in integrum restituirt seyn, und führt solches Restitutionsgesuch durch einen andern Anwalt ein.

Statt, daß vermög des Haupturtheils vom 2ten Sept. 1778 der Adpellat das juramentum manifestationis hätte schwören sollen, sind nunmehr die Adpellanten in contumaciam ad juramentum in litem zugelassen, und haben diesen Eid de credulitate wirklich schon geschworen.

Nun behauptet Adpellat:

a die beiden leztern Urtheile seyen blos durch Nachlässigkeit seines Anwalts veranlaßt worden;

b Er selbst sey weder negligens noch contumax gewesen, und endlich

c ne-

c negligentia sui Procuratoris könne ihm nicht schaden;

Daher er die Sache wieder ad Sententiam de 2. Sept. 1778 reducirt haben, und den ihm darin auferlegten Eid ebenfalls abschwören, auch mit Zeugen beweisen will, daß das Vermögen der Grosmutter weit weniger betrage, als es von den Appellanten angegeben worden sey.

§. 30.

Was nun vorerst das auf die Nachlässigkeit des Anwalts gebaute Restitutionsgesuch betrift, so wird, wenn man die vorhin pro & contra restitutionem angeführten Gründe erwägt, nicht abzunehmen seyn, wie in vorliegendem Falle dem Appellaten in via restitutionis propitio jure hätte geholfen werden können.

§. 31.

Die Gesetze erklären sich deutlich, daß negligentia procuratorum kein hinreichender Grund ad restitutionem sey. Das oben §. 6 angezogene Decretum commune von 1657 entscheidet ebenfalls sehr einleuchtend, daß die Restitution wider die versäumten Fatalien nicht statt habe, wenn das Ver-

säumnis auf der Schuld des Anwalts beruht. Eine Ausnahme von der Regel kann nur in dem Falle angenommen werden, wenn der Prokurator nicht solvendo seyn sollte. Die besten Rechtslehrer, selbst die ältern Cameralschriftsteller, kommen dahin überein.

Sind auch v. Ludolf und v. Cramer in Ertheilung der Restitutionen contra lapsum fatalium willfährig gewesen; so ist noch immer ein großer Unterschied inter restitutionem contra lapsum fatalis, und inter restitutionem contra sententiam contumacialem, zumal wo der per hanc sententiam deferirte Eid wirklich schon abgelegt ist.

§. 32.

Zwar sagt auch hiervon saepe citatus de *Ludolf in jure cam. sect. 2. §. 6, num. 62*: „Restitutioni in integrum non obest praestitum ab adversario juramentum a judice delatum;" Er sezt aber hinzu: „dummodo argumenta restitutionis sint talia, ex quibus rem aliter se habere concludi queat."

Er spricht also hier eigentlich von einer restitutione in integrum contra sententias ex novis documentis, und von einem Falle,

Falle, wo die Restitution übrigens an und für sich Platz hat.

Ohnehin sind ja auch diese Meinungen D. D. *de Ludolf* und *Cramer* keine Gesetze.

§. 33.

Hart war es immer für den Adpellaten, und für den Prokurator, daß die Restitution abgeschlagen wurde. Allein man darf nicht mitior lege seyn.

Hier mußte man per fictionem juris annehmen, daß der Jude wirklich nicht habe schwören wollen; und gegen den Prokurator gilt der Satz: Damnum, quod quis culpa sentit, sentire non videtur.

§. 34.

Die Fälle bei *Leyser*, *Berlich*, *Hartmann*, *Pistor*, deren oben §. 5. erwähnt worden ist, waren beinahe eben so, wie der vorliegende beschaffen. Die Anwälte hatten gravirliche Urtheile in die Rechtskraft erwachsen lassen; sie hatten den terminum probatorium versäumt, Zeugnisse und Documenta nicht producirt, und endlich eben so, wie hier, ihren Prinzipalen von den Urtheilen gar keine Nachricht gegeben. In allen diesen Fällen wurde die Restitution abgeschlagen.

§. 35.

Am Kammergerichte sind die Procuratoren weit mehr domini litis, als an andern Gerichten.

Daß der hier saumselige Prokurator solvendo sey, war dem Ruf seiner Vermögensumstände nach gar nicht zu bezweifeln; wenigstens war das Gegentheil nicht einmal allegirt.

§. 36.

Es blieb also nichts anders übrig, als die Restitution, salvo regressu contra procuratorem, abzuschlagen, und wider denselben noch eine wohlverdiente Strafe vorzubehalten, auch ihn endlich ad refusionem expensarum dieses Restitutionsgesuchs zu condemniren.

Das hierüber eröfnete merkwürdige Urtheil ist der in der folgenden Nummer enthaltnen Ausführung über die weitern in dieser Sache vorgekommenen Fragen am Ende in extenso beigedrukt.

§. 37.

Die bisher vorgekommene Frage: Ob die Restitution wegen Verschulden des Anwalts zuzulassen sey, ist nun nachher im J. 1786 ad

ad Plenum gezogen worden, und zwar hier per majora, der Prokurator möge solvendo seyn oder nicht, ad affirmativam erörtert, jedoch ein Dubium camerale daraus gemacht, und durch den Bericht vom 22. May 1786 Kaiserlicher Majestät und dem Reiche zur Entscheidung vorgelegt worden.

Zwei-

Zweiter Rechtsfall,

hauptsächlich über die Frage:

Wenn eine Partey *in contumaciam* ihres Gegners *ad juramentum in litem per Sententiam* zugelassen worden ist, und diesen Eid auch wirklich schon geleistet hat, wird alsdann *parti contumaci* eine Gegenbeweisführung durch Zeugenaussagen gleichwohl noch zu gestatten seyn?

Inhalt.

§. 1 — 16. Untersuchung im Allgemeinen, ob praestito juramento in litem eine Gegenbeweisführung zuzulassen sey? sodann ob Zeugenaussagen zu solchem Gegenbeweise hinlänglich seyen, oder ob er nach der Lehre Bergers in oecon. jur. nur allein per documenta geführt werden müsse? und endlich ob auch ein contumax ad probationem contrarii per testes zuzulassen sey? Entscheidung dahin: daß auch einem contumaci wider das von dem Gegentheil geleistete juramentum in litem die Gegenbeweisführung per testes gestattet werden müsse.

§. 1.

§. 1.

In der nämlichen eben erzählten Sache Jud Menkischer Erben wider Juden Seeligmann Wolf kam nun, nachdem die gegen das Verschulden des Sachwalters nachgesuchte Restitution, Ausweise der vorhergehenden Ausführung, keinen Platz fand, die weitere Frage vor: Ob es also nunmehr nach dem von den Adpellanten geleisteten Eide bei der dadurch festgesezten Summe sein Bewenden haben müsse?

§. 2.

Wenn einem Theil das juramentum manifestationis aufgetragen wird, dieser aber solches nicht abschwört; so bleibt dem Richter nichts übrig, als daß er den andern Theil auf dessen Verlangen ad juramentum in litem in contumaciam zuläßt.

L. 1 & 2. ff. de in lit. jur.
L. B. de Cramer Nbst. Th. 52. Abh. 4.

Dieses und nichts anders war in vorliegendem Falle geschehen. Eigentlich hätten die Adpellanten das juramentum in litem veritatis schwören sollen; weil sie aber den Betrag der Erbschaft propria scientia nicht gewußt, so mußten sie blos de credulitate schwören.

§. 3.

§. 3.

Einen beinahe ganz ähnlichen Fall führt Freih. v. Cramer l. c. an: Der Streit war über gefundnes Geld. Die Beklagten sollten mediante juramento manifestationis anzeigen, wie viel solches gewesen sey. Sie wendeten aber remedia suspensiva ein, erklärten sich jedoch, salva adpellatione, den Eid auf 400 Thr. abzuschwören. Nachher wurden die Kläger in contumaciam ad juramentum in litem de credulitate auf 20000 fl. zugelassen.

Zwar hat das Kammergericht dieses Versahen des Unterrichters nicht gebilligt, nicht aber deswegen, als ob den Klägern in contumaciam das juramentum in litem de credulitate nicht hätte aufgetragen werden können, sondern weil wegen interponirter Rechtsmittel keine wirkliche contumacia vorhanden war.

§. 4.

Ueberhaupt sagt hievon Lauterbach ganz recht: „Juramentum in litem veritatis interdum quoque de credulitate praestari potest; ideo non desinit esse veritatis juramentum, cum & in hoc actor nihil suae affectioni indulgere, sed verum rei valorem sequi & credere debeat,

debeat, quod res restituendae tantum & non minus „ valuerint.“ (Disp. 93. th. 31).

§. 5.

Der Adpellat hätte also, puncto der großmütterlichen Verlassenschaft, in quantitatem juramento definitam condemnirt werden müssen. Da er sich aber zum Beweise des Gegentheils, nämlich: (wie aus dem in der vorhergehenden Nummer erzählten facto §. 29. noch erinnerlich seyn wird) durch einen Eid und durch Zeugen-Aussagen darzuthun, daß das Vermögen der Großmutter weit weniger betrage, als es von den Adpellanten angegeben worden sey, erboten hatte; so entstand die fernere Frage: Ob er hierzu noch zuzulassen sey?

§. 6.

Was nun vorerst den anerbotenen Eid betrift, so konnte Adpellat hierzu nicht mehr gelassen werden, weil er per sententiam contumacialem damit wirklich präkludirt worden war. Ob aber contra praestitum juramentum in litem probatio contrarii per documenta vel testes statt finde? war näher zu untersuchen.

§. 7.

§. 7.

In Lege 4. §. 2. ff. de in lit. jur. heißt es: „Jurare in infinitum licet; ſed an judex modum jurijurando ſtatuere poſſit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occaſione in immenſum juretur, quaero; & arbitrio bonae fidei judicis etiam hoc congruit.“

Ferner §. 3 *ibidem*: „Item videndum an poſſit judex, qui detulit jus jurandum, non ſequi id: ſed vel prorſus abſolvere, vel etiam minoris condemnare, quam juratum eſt? & magis eſt ut ex magna cauſa & poſtea repertis probationibus poſſit.“

Endlich lege 5 ibidem: „Judex poteſt praefinire certam ſummam, usque ad quam juretur, item etſi juratum ſit; licet judici vel abſolvere, vel minus condemnare.“

§. 8.

Nach dieſen deutlichen Geſetzen ſteht es alſo bei dem Richter, entweder vor der wirklichen Eidesleiſtung zu beſtimmen, intra quam ſummam geſchworen werden ſolle, oder aber auch noch nach abgelegtem Eide, poſt repertas poſtea probationes, das quantum juratum zu mindern.

§. 9.

§. 9.

Es wird auch hiedurch derjenige, der den Eid abgelegt hat, noch zu keinem Meineidigen gemacht; dann es sagt *lex fin ibidem:* „De perjurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, quaeri facile non solere."

§ 10.

Können noch neue Beweisführungen sogar alsdann zugelassen werden, wann die Sache mediante juramento suppletorio entschieden worden ist; so muß dieses um so gewisser bei dem juramento in litem gelten. Daß aber wirklich contra juramentum suppletorium ein neuer Beweis in jure zulässig ist, darüber läßt *l. 31. ff de jurej.* keinen Zweifel übrig, da dieses Gesetz mit deutichen Worten verordnet: „Admonendi sumus interdum etiam post jus jurandum exactum permitti constitutionibus Principum, ex integro causam agere, siquis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit. Sed hae constitutiones videntur tunc locum habere, cum a judice quis absolutus fuerit; solent enim saepe judices in dubiis causis, exacto jure jurando, secundum eum judicare, qui juraverit. Quodsi

Bayerische Staatsbibliothek München

alias inter ipſos jurejurando tranſactum ſit negotium, non conceditur eandem cauſam retractare.“

§. 11.

In vorliegendem Fall war blos de credulitate geſchworen worden; es müſſen alſo alle dieſe Geſetze dahier um ſo gewiſſer einſchlagen.

Mevius P. 7, deciſ. 95 ſagt hierwegen ganz recht: „Juramento ſuppletorio praeſtito nihilominus ſupereſt contrarium per alia documenta nec non teſtes probandi licentia: quanto magis ſupererit poſt juramentum credulitatis, quod iſto longe minus.“

§. 12.

Berger will zwar einen Unterſchied behaupten inter probationem per teſtes, & inter probationem per inſtrumenta, und ſagt: „Adverſus praeſtitum juramentum in litem probatio contrarii admittitur non per teſtes quidem ſed per inſtrumanta tamen.“ (*Oecon. jur. lib.* 4, *tit.* 25, §. 3.)

Es ſteht aber hier ſeiner Meinung nirgends ein Geſetz zur Seite.

Mevius

Bayerische Staatsbibliothek München

Mevius hingegen sagt in der oben ausgezogenen Stelle ausdrüklich: Juramento suppletorio praestito superest contrarium per alia documenta nec non testes probandi licentia.

§. 13.

Kann nun nach abgeschwornem juramento suppletorio das Gegentheil noch durch Zeugen erwiesen werden; so ist nicht abzusehen, warum dieser Beweis nicht auch post juramentum in litem statt haben solle.

Weit eher wäre post juramentum suppletorium der Beweis nur praecise per nova instrumenta zu fodern; dann in dem oben angezogenen *l.* 31 *ff. de jurej.*, welcher die Probe praestito juramento suppletorio annoch zuläßt, heißt es ausdrüklich: siquis nova instrumenta se invenisse dicat. In dem oben ebenfalls allegirten *l.* 4, §. 3 *ff. de in lit. jur.* hingegen ist ganz allgemein versehen, quod judex ex postea repertis probationibus possit minoris condemnare, quam juratum est.

Die probatio per testes ist eine rechtliche species probationis; sie muß also unter dem allgemeinen Ausdruk: *ex postea*

repertis probationibus, nothwendig mit verstanden seyn.

§. 14.

Wollte man aber endlich entgegensetzen: Die Adpellanten seyen hier in contumaciam ad juramentum in litem zugelassen worden; der Adpellat, als contumax, könne aber eben so wenig ob novas probationes contra sententiam contumacialem restituirt werden; als wenig einem contumaci das beneficium adpellationis per *l.* 13, §. 4, *C. de judiciis*, *l.* 1, *C. quorum adpell.* *l.* 73, §. 3, *ff. de judiciis & ubi*, oder sonstige remedia zu statten kämen: So ist nur zu bemerken, daß die Gesetze schon in regula abseiten desjenigen, contra quem juratur in litem, dolum vel contumaciam ausdrüklich voraussetzen. (*l.* 1 & 2 *ff. de in lit. jur.*)

Wenn also wieder andere Gesetze gleichwohl novas probationes contra juramentum in litem zulassen; so entscheiden sie eo ipso, daß diese neue Beweisführung, der contumaciae ungeachtet, annoch statt finde.

§. 15.

Die natürliche Billigkeit unterstüzt auch diese Säze; dann es wäre sicher unbillig, wenn

wenn demjenigen, dem erlaubt ist, in infinitum zu schwören, die quantitas jurata schlechterdings zugesprochen werden müsse, obschon der Gegentheil deutliche Beweise in Händen habe, daß ihm soviel nicht gebühre.

Es ist also allerdings richtig, daß contra sententiam contumacialem & praestitum ab adversario juramentum in litem probatio contrarii per testes annoch statt finden müsse.

§. 16.

Daher ward in dem vorliegenden Falle die ex capite negligentiae procuratoris nachgesuchte Restitution (wie aus der in der vorhergehenden Nummer enthaltenen Ausführung schon bekannt ist) zwar abgeschlagen, dem anerbotnen Gegenbeweise durch Zeugenaussagen aber annoch statt gegeben, worüber den 20. Febr. 1782 folgendes Urtheil ergieng:

In Sachen Jud Menkischer Erben, Isak Menk proprio & reliquorum fratrum nomine, und Consorten wider Juden Seeligmann Wolf, adpellationis: Ist, soviel die großmütterliche Erbschaft der Adpellanten betrift, die vom Adpellaten nachgesuchte restitutio in integrum contra sententiam contumacialem de 23.

Dec. 1779 abgeschlagen, sofort allem weitern An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß adpellantische Jud Menkische Erben, nunmehr den beschwornen Nachlaß ihrer Großmutter mit 2500 fl, nebst den vom Jahr 1737 hieraus gezogenen Nutzungen, aus der väterlichen Erbschaft voraus wegzunehmen, befugt; *Lr. N.* aber, als vorhinniger Anwalt des Adpellaten, seines bei dieser Sache bezeigten Unfleißes wegen, gedachtem Adpellaten den ihm hierdurch zuwachsenden Schaden zu vergüten, auch den Adpellanten sämtliche in hoc restitutorio gehabte Kosten, nach rechtlicher Ermäßigung, zu ersetzen schuldig sey. Als wir hiermit respective befugt und schuldig erkennen, condenniren und verdammen. Wollte und könnte jedoch Adpellat, daß der Adpellanten großmütterliches Vermögen wirklich nicht soviel ertragen, als diese per juramentum in litem de credulitate erhärtet haben, annoch rechtsbeständig erweisen, und zu dem Ende, datis articulis probatorialibus um Abhörung der Zeugen binnen Frist eines Monats förmlich anrufen; so ergeht alsdann ferner, was Recht ist. Dagegen ist in Ansehung der väterlichen Verlassenschaft Adpellat zu dem deferirt und acceptirten

Mani-

Manifestationseid nunmehr zugelassen, und zu dessen wirklicher Abschwörung ebenfalls terminus eines Monats sub praejudicio angesezt. Endlich ist wider Ltum N. vorhin erwähnter Ursachen wegen die Strafe 2 Mark Silber in den Armensäckel, sub poena dupli & realis executionis, binnen 8 Tagen zu bezahlen, hiermit vorbehalten.

Dritter Rechtsfall,

hauptsächlich über die Frage:

Ob einer Gemeinde gegen einen vor Gerichte eingegangnen Vergleich die Läsionsklage zu statten kommen könne?

Inhalt.

§. 1 — 4. Ein Vergleich mag wohl durch eine bloße landesherrliche Bestätigung nicht unumstößlich werden. Wenn er aber in Gegenwart des Richters cum plena causae cognitione geschlossen worden ist; so kann einer hernach versuchten Läsionsklage kein Platz gegeben werden. Selbst auch die jura minorum einer Gemeinde können dies nicht erzielen. Um so gewisser gilt dieser Satz, wenn der Vergleich lange Zeit beobachtet worden ist.

§. 5 — 10. Ob überhaupt ein Vergleich wegen einer Läsion rescindirt werden könne? Gesetze hierüber, und Meinungen der Rechtslehrer. Gesezt, man wolle auch die (obgleich weniger legale) Meinung, eine Läsionsklage gegen Vergleiche zuzulassen, annehmen;

nehmen; so kann dies doch bei einem gerichtlichen Vergleiche nicht statt finden. Weitere Ausführung hierüber.

§. 11 — 21. Rechtsfall, dessen Entscheidung die ausgeführten Grundsätze bestätigt.

§. 1.

Der Satz: daß durch eine landesherrliche, ohne besondere Untersuchung der Sache ertheilte, Bestätigung eines Vergleichs keinem Theile, der seine Rechte dadurch besonders gekränkt finden sollte, das Restitutionsmittel gegen einen solchen Vergleich abgeschnitten sey, kann zwar ganz wohl behauptet werden.

Wann aber der Vergleich über einen vorliegenden Proceß in Gegenwart des Richters errichtet; wenn die ganze Sache vor ihm verhandelt worden ist, und ihm also die beiderseitigen Rechte und Gründe bekannt gewesen sind; dann ist wohl der Fall vorhanden, den *Müller ad Struv. P* 1. *exercit.* 6. *L.* 2. *tit.* 15. §. 63. bezeichnet:

„Supplet enim judicis praesentia omnem defectum, omnemque fraudem excludit, quod coram judice omnia solenniter acta intelligantur, quinimo istiusmodi transactio oblata Principi omnem exceptionem nullitatis ut &

remedium Leg. 2. C. de resc. vend. removet."

Auch v. Cramer in Observ. T. 3. obs. 877 sagt:

„Transactio judicialis ob laesionem enormem rescindi nequit; ratio sita est in authoritate judiciorum, quia judicis authoritas fraudis ac laesionis praesumtionem excludit, & quae ab ipso acta sunt, rite celebrata esse praesumuntur."

Mean, der besonders in Lüttigschen Sachen so viel Gewicht hat, führt *T.* 5. *observ.* 558 *num.* 6 & 7 den Fall an, daß ein Minderjähriger ein ihm vermachtes Legat angenommen hatte, und sagt, daß er sich hierdurch tacite verglichen habe, und um so mehr diesen Vergleich halten müsse, als die Sache coram judicis Deputatis so ausgemacht worden sey. Er schließt also das einem minori sonst zustehende Remedium restitutionis alsdann aus, wann das Geschäfte, wegen dem er Restitution sucht, coram judicio verhandelt worden ist.

§. 2.

Wenn nun noch dazu kömmt, daß ein solcher sub authoritate judicis errichtete Ver-

Vergleich lange Zeit beobachtet worden ist, wie in der weiter unten namentlich vorkommenden, aus dem Lüttigschen herrührenden, Sache von einer Gemeinde geschehen ist, die über 26 Jahre damit zufrieden gewesen, indem sie dasjenige während der Zeit angenommen hatte, was ihr von dem Gegentheil in dem Vergleiche versprochen worden war: So werden die eben geäußerten Grundsätze noch treffender aufschlagen, nach welchen alsdann einer hernach versuchten Läsionsklage um so weniger Platz gegeben werden kann.

Eine solche langjährige Befolgung eines Vergleichs ist wohl als die bündigste Ratifikation anzusehen; denn gewiß wird der Vergleich dadurch genähmigt, wenn dasjenige geschieht, was in demselben ausgemacht ist. *Mean T. 5. Observ. 629. num. 25.*

§. 3.

Die Jura minorum, deren eine Gemeinde genießt, werden in einem solchen Falle wenig Hülfe leisten können. Die Minderjährigen haben nicht auf immer das Recht, die Restitution ex justis causis zu verlangen. Es ist ihnen bekanntlich in den Gesetzen ein Ziel gesteckt, indem nach Verfluß von 4 Jahren nach erreichter Großjährigkeit ihr Recht zur Restitution erloschen ist.

Ge=

Gemeinden, bei denen die Rücksicht auf das Alter wegfällt, ist der Analogie zu Folge eine Frist von vier Jahren nach erlittener Läsion, oder wenigstens von der Zeit an, da sie dieselbe inne geworden sind, vorgeschrieben.

Lauterbach in Colleg. Lib. 4. *tit.* 4. §. 38.

Müller ad Struv. Exerc. 8. *thes.* 64.

Sobet Droit de Liége L. 3. *tit.* 38. *num.* 14.

§. 4.

Es ist auch ganz natürlich, daß einmahl eine Zeit kommen muß, wo man gegen die Angriffe einer privilegirten Person, wie eine Gemeinde ist, gesichert seyn kann. Wenn nun dieser Zeitraum, sogar in vervielfachter Maaße, verflossen ist, und die Ausnahme der nicht ehender entdekten Läsion mit Bestand nicht gemacht werden kann; so muß der erwähnte Fall, wodurch man gegen alle fernere Angriffe gesichert wird, eintreten.

§. 5.

Ob überhaupt ein Vergleich wegen einer Läsion rescindirt werden könne? darüber sind die Rechtslehrer nicht einerlei Meinung; so

daß

daß *Müller ad Struv. Exercit. 6. Thes. 67. not. y* deswegen äußert:

„*Imperatoria decisione digna est quaestio, num ob immodicam laesionem ultra dimidium transactio sit rescindenda ex lege 2. C. de resc. vend.*“

Eben dieser Author aber a. a. O., und *Lauterbach in Coll. Lib. 2. tit. 15. §. 33.*, behaupten, daß es dem Sinne der Gesetze angemessener sey, jene Frage negative zu beantworten.

§. 6.

Der kameralistische Schriftsteller *Gail Lib. 2. observ.* 70 liefert eine ganze Ausführung hierüber. Diejenigen, welche dem remedio statt geben, haben (wie *Gail* sagt) den *legem 5. C. de dolo malo* besonders für sich.

In diesem Gesetze ist die Rede von einem Falle, wo sich eine Tochter mit ihrem Vater wegen der Verwaltung und Herausgabe ihres mütterlichen Vermögens verglichen habe, und dann heißt es am Ende:

„Sane si laesa es immodice, liberatione solenniter per novationem atque acceptationem tributa: non de dolo propter paternam verecundiam sed

sed in factum actio tibi tribuenda est."

Allein in erwähnten Gesetzen ist von einer privat-Transaktion, die auf einem bloßen Vertrag beruht, die Rede, nicht aber von einem solchen Vergleich, wodurch eine im Proceß befangene Sache mittels Vermittlung des Richters selbst, dem die beiderseitigen Rechte bekannt waren, beendigt worden ist. Eben dies ist auch der Fall in dem *lege* 36. *ff. de V. O.*

§. 7.

Dagegen aber sind andere Gesetze pro negativa viel bestimmter und entscheidender. Außer denen, die von der Unverlezlichkeit der Vergleiche überhaupt reden, sagt *Lex* 65. *ff.* §. 1. *de cond. indeb.*

„Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse."

Und *Lex* 78. §. *fin. ff. ad S. C. Trebell.* enthält:

„Heres ejus, qui post mortem suam rogatus erat, universam hereditatem restituere minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his,

his, quibus fideicommissum debebatur, restituit, postea repertis instrumentis apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? respondet secundum ea quae proponerentur, si non transactum esset, posse."

§. 8.

Gail a. a. O. führt unter Berufung auf diese Gesetze als Gründe pro hac sententia negativa an:

1) daß durch Vergleiche die Processe dergestalt geendigt würden, daß alle Gegenbeweise und nachher gefundnen Dokumente ausgeschlossen blieben;

2) daß ein Vergleich einem Urtheil gleich geachtet werde, ein Urtheil aber durch keine Läsionsklage aufgehoben werden könne;

3) daß ein Vergleich liberationem bewirke, in actu liberatorio aber das Remedium ex L. 2. C. de resc. vend. nicht statt habe;

4) daß ein Vergleich einem Eide gleich geachtet werde, dieser aber propter laesionem nicht widerrufen werden könne;

5) endlich, daß die verglichne Partey dadurch selbst schon einen großen Vortheil gewin-

winne, daß sie eines Prozesses entledigt werde.

Und hierauf sezt er hinzu: „& hanc sententiam tanquam veriorem Camera aliquoties secuta est.“

In Num. 15 & 16 der allegirten *Observ.* führt er jedoch an, daß manche einen Unterschied machten, zwischen der Läsion unter, oder über der Hälfte, in jener die Läsionsklage nicht zuließen, in dieser hingegen ihr statt gäben. Er antwortet aber hierauf:

„Sed a parte negativa, si substantialia transactionis adsint, in judicando non recedas, ne ex lite litem facias, cum transactio ad hoc sit inventa, ut finis litibus imponatur, & alias jura in quacunque controversia litium finem desiderant.“

§. 9.

Mynsinger Cent. 1. *Obs.* 33. führt beide Meinungen an, ohne sich jedoch zu erklären, welcher er den Vorzug gäbe. Aber *Sohet l. c. Lib.* 3. *tit.* 37. *num.* 11. sagt:

„Contre la transaction on n'accorde point de restitution en entier, ni pour instruments, nouvellement decouverts, ni pour lésion, ni a cause qu'il n'y auroit eu aucun doute &c. mais

mais seulement pour cause de dol, de crainte, ou d'erreur de calcul, & pour minorité d'age."

Ferner tit. 39 num. 1.

„Si quelqu'un a été lésé plus de moitié dans quelque contract onereux tel qu'il soit, hors le cas de transaction, il peut toujours en revenir."

Er führt jedoch selbst an, daß *Mean Obs.* 620. *num.* 7. 8. anderer Meinung sey.

§. 10.

Gesezt aber auch, man wolle die obgleich weniger legale Meinung annehmen, und eine Läsionsklage gegen Vergleiche zulassen; so findet sie doch niemal bei einem gerichtlichen Vergleiche statt.

Selbst in Ländern, wo sie nach statutarischen Rechten zugelassen ist, wie in Sachsen und Würtenberg, (zum Beweise, daß man dort nicht geglaubt hat, daß sie schon in den gemeinen Rechten enthalten sey) kann doch kein gerichtlicher Vergleich, wie *Müller ad Struvium*, ein Sächsischer Author, am angeführten Orte bezeugt, mittels der Läsionsklage angefochten werden.

So sagt auch *Cramer* in der oben schon allegirten *Observ.* 877:

„Transactionem judicialem ob laesionem enormem non rescindi. — Alios rescissionem etiam in judicio admittere, uti *Koeppen*, *Harpprecht*, *Berger*, & etiam ita a Wittenbergensibus pronunciatum esse testari; in contrarium vero abiisse Marburgenses verbis: Nachdem der Vergleich quaest. autore judice geschlossen, durch dessen Interposition gerichtlich befördert, dabei den Parteyen alle momenta causae vorgehalten, und daher praecedente causae cognitione gerichtlich ausgefertigt, dergleichen Vergleiche anzugreifen um desto verwegner seyn würde, weil das fundamentum primarium, weswegen man ob laesionem enormem die transactiones zu rescindiren zuläßt, ex dolo praesumto, qui ex re ipsa deducitur, hergenommen wird, welche Präsumtion bei dergleichen Fällen völlig wegfällt: nam judici ex hac ventilatione de partium jure controverso & dubio magis constat, & proinde utrique parti conducibilius videtur, causam magis via transactionis quam decisionis componi. Als hat man nicht nötig sich bei dem puncto juris controverso: utrum transactio ob laesionem enormem rescindi queat, nec ne? aufzuhalten."

§. 11.

§. 11.

Diese zur Aufrechthaltung eines gerichtlichen Vergleichs bisher angeführten Grundsätze lagen dem in Causa communitatis *Neerepen* Leodiensis contra Viduam de *Rosen de Haaren*, adpellationis, den 28. Sept. 1786 am Kammergerichte ergangnen Confirmationsurtheil, cum condemnatione in expensas, zum Grunde.

§. 12.

Der Gegenstand des eben erwähnten Prozesses war ursprünglich die Frage: Ob und wie viel die Adpellatin von Rosen in Ansehung ihrer Güter zu Tilgung der von der adpellantischen Gemeinde in Kriegszeiten contrahirten Schulden beizutragen habe?

Die Parteyen waren in den Jahren 1751 bis 1753 bei dem Consilio privato zu Lüttig hierüber schon im Rechtsstreite befangen.

§. 13.

Nach mehrern gewechselten Schriften verordnete der Hr. Fürst am 25. Jenner 1753, in der Sache durch eine hierzu ernannte Commission eine gütliche Ausgleichung zu versuchen, welche den 6ten Febr. gedachten Jahrs auch wirklich dahin zu Stand kam:

daß der v. Rosen fürs Vergangne und Künftige, von der Zeit seines Besitzes an zu rechnen, von seinem Schloß, und den dazu derzeit gehörigen, sowohl Lehn- als adquiritten Gütern, jährlich 30 fl. Brab. zu den auf der Gemeinde haftenden Lasten — im Fall aber, daß noch weitere Onera ex vi majori der Gemeinde aufgelegt werden würden, alsdann noch außer den 30 fl. den 4ten Theil beitragen, hierdurch aber aller obgewaltete Prozeß und Streit unter Compensirung der Kosten beigelegt seyn solle.

Dieser Vergleich ward von beiden Theilen ratificirt, und sodann auf gemeinschaftliches Suchen durch ein den 12ten April 1753 ertheiltes Dekret von dem Hrn. Fürsten bestätigt.

§. 14.

Seit der Zeit nun wurden von den v. Rosen in Gemäßheit des Vergleichs jährlich nicht mehr als 30 fl. entrichtet, und der adpellatische Besitz, nur diese verglichene Summe beizutragen, ward bis zum Jahr 1779 ruhig und unwidersprochen fortgesezt.

In erwähntem Jahre aber fiel es der Gemeinde ein, ihre Unzufriedenheit hierüber zu bezeugen, und von der jetzigen Adpellatin einen

nen höhern Beitrag zu verlangen. In der deshalb den 10. Jul. 1779 bei dem Consilio privato zu Lüttig übergebenen Klage stellte sie kürzlich vor:

daß die von Rosen nach einer Gewohnheit, und durch ihre (der Gemeinde Nachsicht, nicht mehr als 30 fl. jährlich bezahle, da sie doch nach dem Verhältnis ihrer Güter, die gegen 100 Morgen ausmachten, weit über noch einmal soviel zu der Schatzung, wovon Niemand ausgenommen sey, bezahlen sollte; und bat, die Beklagtin vor allen Dingen zur Edirung eines Verzeichnisses aller ihrer in der Markung v. Neerepen liegenden Güter, um daraus das weitere entnehmen zu können, anzuhalten.

§. 15.

Nach verschiednen in der Sache ergangnen Dekreten, und gewechselten Schriften, erfolgte hierauf am 20ten März 1780 das Urtheil, durch welches, „daß der am 6ten Febr. 1753 geschlossene Vergleich fernerhin zu befolgen, sofort nur die nachher (post transactionem) von der Beklagtin neu adquirirten Güter völlig der Schatzung und der Verzeichnung unterworfen seyn sollten, erkannt, die klagende Gemeinde auch in $\frac{4}{5}$ der Kosten condemnirt, das übrige $\frac{1}{5}$ aber compensirt wurde"

§. 16.

Von diesem Urtheil adpellirte die Gemeinde an das Kammergericht, wo sie aber, wie oben schon vorgekommen ist, die bezwekte Rescission des Vergleichs ebenmäßig verfehlte.

Unter mehreren Ausstellungen, welche sie gegen den Vergleich vorbrachte, die sich aber alle unstichhaltig befanden, war jedoch folgende von Bedeutung: daß nämlich bei dessen Ratification von Seiten der Gemeinde die zu Folge eines statutarischen Gesetzes, dem landesherrlichen Edikte von 1734, erfoderlichen Feierlichkeiten nicht beobachtet worden seyen.

§. 17.

Erwähntes Edikt war, wie man sich leicht vorstellen kann, den Akten beigelegt; es steht aber auch bei *Louvrex T. 2 pag.* 383 *seq.* In dem Eingange dieses statutarischen Gesetzes wird der Verfall der Gemeinden, der hauptsächlich daher rühre,

„que ces communeautés entreprennent ou soutiennent trop legérement des procés, & souvent pour des choses de nulle consequence, par où elles s'epuisent & se mettent hors d'état d'aquitter leurs charges;“

als

als die Veranlassung des Edikts angegeben. Die hieher gehörende Verordnung lautet sodann folgendergestalt:

„Leur ordonnant pareillement de faire une liste de tous ces proces qu'elles ont, soit passivement, soit activement, avec defense expresse d'en former ni soutenir aucun à l'avenir, ni par mode d'action, ni par voye d'opposition, sans le concours prealable & le consentement exprés de deux tiers au moins de tous les interessés, proprietaires, surséans & afforains, habiles à donner voix, duement & specialement convoqués avec designation specifique du sujêt de telle convocation. Et à fin qu'il ne se glisse aucune surprise à cet égard, Nous ordonnons de publier au prône & d'afficher aux portes des églises, quinze jours auparavant, la cause & le motif de la convocation, & qu'au surplus les censiers & locataires soient tenus d'en informer opportunement les proprietaires, interessés & afforains pendant ce tems là, pour qu'ils aient à se rendre à l'assamblée au jour limité, s'ils trouvent à propos, ou donner leur procure à ce sujet; à faute de quoi, apres ce

terme de quinze jours expirés les censiers & locataires en fesant conster au Greffe d'avoir averti leurs principeaux, seront en droit de donner suffrage avec les autres."

§. 18.

Diese Vorordnung geht also von der des gemeinen Rechts darin ab, daß die Bekanntmachung der Zusammenkunft einer Gemeinde, mit Bemerkung des Gegenstands der Berathung, 15 Tage vorher, auf der Kanzel verkündigt, und eine desfalsige Anzeige noch an die Kirchthüren angeschlagen werden solle.

Dies war nun wirklich bei der geschehenen Ratifikation des vorliegenden Vergleichs unterlassen worden.

§. 19.

Die Adpellatin behauptete, daß es nicht nötig gewesen sey, indem das Edikt von 1734 nur auf die Fälle gehe, wo von der Einwilligung einer Gemeinde zu einem Prozeß die Rede sey, nicht aber von einem so viel favorem in jure habenden Geschäfte, als einem Vergleiche.

Den Adpellanten kam dieses nun zwar sehr parador vor, und sie glaubten im Gegentheil behaupten zu können, daß alle Formalitäten noch weit mehr bey einem Vergleiche, wo,

wodurch Gemeinds-Rechte veräußert werden, erfoderlich gewesen seyen.

§. 20.

Allein das erwähnte Edikt redet wirklich nur von der Einwilligung zu Prozessen. Schon dessen Aufschrift bei *Louvrex* l. c. heißt: *Declaration touchant les procés des communeautés*; und die Absicht wird im Edikt selbst dahin angegeben, daß man den Gemeinden die so verderbliche Prozeßsucht einschränken wolle.

Sohet cit. l. Lib. 1. tit. 65. num. 8. 9. 10. sagt:

„Mais le pouvoir du collecteur ne s'etend pas à des affaires d'importance sans le consentement exprés de la communeauté. Pour avoir ce consentement, la communeauté doit être assemblée avec la permission requise, ayant été solemnellement convoquée, & il faut que les deux tiers au moins de ceux, qui la composent se trouvent à l'assemblée pour y prendre une resolution collegiale à la pluralité des voix des présens, dont il convient d'ecrire les noms par précaution."

Dies ist also die allgemeine Regel, nun aber fügt der erwähnte Autor num. 11 und 12 die Ausnahme hinzu:

„Et si s'agit de soutenir un procés au nom de la communeauté, il faut que la convocation ait été publiée au prône, & affichée 15 jours auparavant aux portes des églises, conformement au mandement de 1734."

§. 21.

In so fern also von dem gemeinen Rechte durch dieses statutarische Gesetz abgegangen wird, ist diese Ausnahme von der Regel stricte zu interpretiren. Sie darf daher ultra casum expressum, zumal auf einen durch Vermittelung des Richters selbst zu Stand gekommenen Vergleich, nicht extendirt werden; sondern man muß allerdings dafür halten, daß bei der Ratifikation des vorliegenden Vergleichs die besondern im Edikte von 1734 vorgeschriebene Fomalitäten nicht nötig waren.

Vierter Rechtsfall,

worin folgende Frage vorkömmt:

Kann das Kammergericht eine arme Partey wider das von derselben aus Unverstand versäumte *fatale decendii in integrum* restituiren?

Inhalt.

§. 1 — 4. Fatalia introducendae & prosequendae adpellationis laufen den armen Parteyen nicht. Wenn aber die Interposition der Adpellation selbst versäumt ist; so kann die Sache an die Reichsgerichte nicht devolvirt seyn; und die Restitution wegen der versäumten 10 Tage ist nicht sowohl contra desertionem, als contra rem judicatam nachzusuchen, worüber der Unterrichter angerufen werden muß. Alsdann erst kann a denegata restitutione, tanquam a novo gravamine, ad judicem superiorem adpellirt werden.

§. 5 — 9. Rechtsfall hierüber.

§. 1.

§. 1.

Daß den armen Partheyen die fatalia introducendae & proſequendae adpellationis nicht laufen, führen *Gail Lib.* 1. *Obſerv.* 142. und *Mynſinger Cent.* 4. *Obſ.* 97 umſtändlich aus; und daß ein Bauer ob juris ignorantiam reſtituirt werden müſſe, iſt bekannter Rechte.

§. 2.

Allein wenn die Interpoſition der Adpellation ſelbſt unterlaſſen worden iſt; ſo iſt die Sache auch nicht einmal ad effectum reſtitutionis in integrum an die höchſten Reichsgerichte erwachſen.

„Reſtitutio in integrum adverſus lapſum fatalium non coram judice a quo ſed ad quem petenda eſt. — Sed reſtitutio ad adpellandum, caſu quo nulla adpellatio fuiſſet interpoſita, coram judice a quo peti debet.“

Gail Lib. 1. *Obſ.* 143. *num.* 1.

§. 3.

Es läßt ſich nicht ſowohl ſagen, daß durch Verſäumung des Decendii die Adpellation deſert worden ſey; ſondern es exiſtirt vielmehr gar keine Adpellation, und die Sache

che kann daher an die Reichsgerichte nicht devolvirt seyn.

Blum in processu cam. tit. 49. num. 5.

§. 4.

Nach dieser ganz richtigen Bemerkung ergiebt sich, daß die Restitution wegen der versäumten 10 Tage nicht contra desertionem, sondern contra rem judicatam gesucht werden müsse, und daß hierüber, da jurisdictio superior ob defectum devolutionis causae dazu nicht competent ist, der Unterrichter angerufen werden müsse. Hierauf kann erst a denegata restitutione, tanquam a novo gravamine, adpellirt werden.

§. 5.

Diese cameral-Grundsätze werden durch folgendes in Sachen Strußemann contra Lippe Detmoltsche Justizkanzlei den 13. Okt. 1783. ertheilte Dekret bestätiget:

Ist Supplikant von hier weg, und an Richtern erster Instanz, um, wann er will, daselbst mittels Anführung und Erprobung seiner allenfallsigen Causalium restitutionem in integrum wider die Rechtskraft der Sentenz vom 19. Dez. 1782 nachzusuchen, ver— dieser aber, ihn

ihn damit rechtlicher Gebühr nach zu hören, und darüber, was Rechtens, zu erkennen, angewiesen; wonächst ermeldtem Supplikanten der Rekurs an dieses K. K. Gt. unbenommen, sondern vorbehalten bleibt. Der Fall war kürzlich dieser:

§. 6.

Die gräflich-Lippische Rentkammer erklärte den Herm. Heinr. Strußemann, einen armen Colonum des Hauptmanns von Exterde, eines Lippischen Edelmanns, ungeachtet er diesem bereits sehr schwere Dienste und onera prästiren muß, zur Vögelköpf-Lieferung, Extra-Jagd Forst-Wacht- und Weegebesserungs-Diensten per Decretum vom 25. Jenner 1779 schuldig.

Schon damals suchte Strußemann an dem Kammergerichte hierwegen ein Mandatum, erhielt aber den Bescheid, wodurch er an die gräfliche Justizkanzlei, die ihn inzwischen im Besitze schützen solle, zur Entscheidung seiner Beschwerden verwiesen wurde.

§. 7.

Er ließ hierauf Zeugen, deren einer sogar seit 20 und mehrern Jahren der Besteller zu den herrschaftlichen Diensten gewesen war, abhören, nach deren Aussagen er possessionem

nem immemorialem der Freiheit von allen diesen Diensten, auch der Bezahlung des Einlieger=Geldes, für sich hat.

§. 8.

Den 19. Dez. 1782 sprach hierauf die gräfliche Kanzlei den Supplikanten von der Leistung der Extra=Jagd=und Forstdienste, wie auch der Lieferung der Vögelköpfe, frei, verurtheilte ihn aber zur Weegebesserung, und dem Einlieger=Gelde, welches eine Abgabe für den landesherlichen Schutz ist.

Die rationes decidendi hierzu bestanden darin: daß, ob zwar dieser beiden Posten halber Strutzemann ebenfalls praescriptionem immemorialem für sich habe, solche jedoch nicht statt finde, weil propter utilitatem publicam jeder Unterthan zur Weegebesserung verbunden sey, und auch das Einlieger=Geld von jedem derselben indistincte bezahlt werden müsse.

§. 9.

Wider dieses Urtheil hatte nun Strutzemann die fatalia fallen lassen, kein Remedium interponirt, sondern kam gerades Wegs als arme Partey an das Kammergericht. Es entstand daher die Frage:

Ob

Ob er als ein einfältiger und armer Bauer, da er es nicht besser verstanden, und da sein Advokat, (wie er angab) welchem um die Zeit des publicirten Urtheils eine gräfliche Bedienung zu Theil worden war, sich um den Proceß nicht mehr bekümmert hatte, zu restituiren sey? welche auf die Art, wie schon vorgekommen ist, erörtert wurde.

Fünfter Rechtsfall,

Kammergerichtliche Grundsätze über die Duldung der Mennonisten, und ob es diesen erlaubt seyn könne, neue Mitglieder aufzunehmen?

Inhalt.

§. 1 — 6. Aeltere Grundsätze über Toleranz der Sektirer überhaupt. Nach dem Westphälischen Frieden, und den demselben vorausgegangenen Reichstagshandlungen, ist es den Reichsständen nicht erlaubt, solche in ihren Ländern zu dulden. Von mehrern neuern Schriftstellern wird jedoch der Sinn dieser Gesetze anders genommen.

§. 7 — 15. Aeltere Nachrichten ex actis publicis, die Wiedertäufer und Mennonisten insbesondere betreffend. Gesetze. Reichsgerichtliche Grundsätze hierüber in ältern Zeiten.

§. 16 — 20. Jüngere in Betreff der Mennonisten sich ereignete Vorfälle. Dubium camerale. Dessen Entscheidung von der letzten Visitation, wodurch die Duldung der Mennonisten stillschweigend

gebilligt worden ist. Indessen bedarf es hierüber einer neuen Legislation.

§. 21 — 27. Schilderung der Mennonistischen Sekte. Zum Theil wollen sich die Mennonisten für Anfänger der reformirten Kirche ausgeben. Man kann sie aber als solche nicht annehmen, weil sie von den Reformirten selbst dafür nicht anerkannt werden.

§. 28 u. 29. Indessen dürfen nunmehr die Reichsgerichte den ältern Beispielen nicht weiter folgen. Die Toleranz der Mennonisten ist auch allerdings billig.

§. 30. Nur kann ihnen nicht gestattet werden, neue Mitglieder aufzunehmen, Proseliten zu machen.

§. 31 — 47. Rechtsfall, der nach vorstehenden Grundsätzen erörtert worden ist.

§. 1.

Ueber die Frage: Ob die Stände des Reichs, und sonstige Reichsunmittelbare, befugt seyen, andere Religionen, außer den im westphälischen Frieden namentlich begriffnen, in ihren Ländern zu dulden? überhaupt über Toleranz, ist bekanntlich sehr vieles geschrieben worden.

Moser in seinen „Abhandlungen aus dem deutschen Kirchenrechte S. 59. & seq. und von der teutschen Religionsverfassung im 1ten Buche 3. u. 4. Cap.“ liefert ein Verzeichnis der vornehmsten dieser Schriften.

§. 2.

§. 2.

An dem erst angeführten Orte beweist er, daß solches den Reichsständen nicht erlaubt sey. Er beruft sich zu dem Ende auf die Reichstagshandlungen von den Jahren 1552, 1555, und 1566, welche vor dem Westphälischen Frieden hergiengen, und dann auf die Westphälische Friedenstraktaten selbst.

§. 3.

Auf dem Reichstage von 1566 beschwerten sich sonderlich die Catholischen, daß täglich neue irrige Lehren einrissen; worauf sich die Augsb. Conf. Verwandten Stände erklärten: „Wir erkennen uns schuldig, sind auch willig, nicht allein für unsere Person uns keiner sektirerischen Opinion theilhaftig zu machen, sondern auch solches in unsern Kirchen, oder bei unsern Unterthanen, Universitäten, und Schulen, nicht zu gestatten."

Diesem zu Folge ward in dem R. A. v. 1566 §pho 5 beliebt:

„Auf daß den verführerischen, beiden der alten Religion und Augsb. Conf. zuwider einbrechenden, Sekten, kein Raum noch statt gelassen, sondern dieselben von dem heil. Reich teutscher Nation abgewendet werden; so haben wir uns mit gemeinen Ständen verglichen, daß solcher Sekten,

vermög des Religionsfriedens, keine gelitten noch geduldet, sondern allenthalben gänzlich abgeschaft werde."

§. 4.

Ueber den Sinn dieser Gesetze ist es nicht nötig, viele Worte zu verlieren. Moser a. a. O. *pag.* 99 hat gewiß vollkommen Recht, indem er sagt:

„Es ist vergeblich, diese Texte so zu erklären, daß die Landesherren zwar nicht schuldig seyn sollten, die Sektirer zu dulden, daß sie aber selbige wohl dulden dürften und könnten, wenn sie wollten; oder daß es nur verboten sey, ihnen eine öffentliche Religionsübung zu gestatten."

§. 5.

Gleichwohl fehlt es in neuern Zeiten nicht an Schriftstellern, die das Gegentheil behaupten.

Gonner de probat. relig. §. 20. *pag.* 35. *seq.* meint, die Reichsstände könnten ja gegen die gemeinen Rechte Gesetze machen, es müßte ihnen solches auch hier erlaubt seyn; zudem sey ein Unterschied zwischen dem gesammten Reich und dessen einzelnen Provinzen.

Biedermann in diss. de jure reform. territoriali &c. ad verba finalia art. 7 Pacis Osnabrug.

nabrug. glaubt, alle Einschränkungen des landesherrlichen Reformationsrechts bezögen sich lediglich nur auf das Verhältnis zwischen den Catholiken und den Augsb. Conf. Verwandten; mithin müsse es einem Reichsstande freistehen, neue Religionen in seinem Lande aufzunehmen, ob sie gleich dadurch die Rechte der in den Reichsgesetzen öffentlich angenommenen Religionen in Ansehung des ganzen Reichs nicht erhielten. Eine solche Aufnahme sey dem Kaiser und den Ständen auch nicht schädlich; das Reichsherkommen stehe ihr zur Seite, und Niemand bezweifle den Ständen das Recht, so gar Juden aufzunehmen.

§. 6.

Der angeführte Moser hat l. c. die Schwäche aller dieser gekünstelten Gründe vollkommen abgefertigt. Auf das vermeintliche Reichsherkommen antwortet er ganz recht: Die Reichsgerichte sehen das angebliche widrige Herkommen als Misbräuche an, und sprechen dagegen. Mit den Juden hat es seine eigene Bewandnis; sie sind schon seit den ältesten Zeiten in Teutschland geduldet. In der Reichspoliceyordnung v. 1577 tit. 20 wird eben dieses vorausgesezt, und bei den Religions- und westphälischen Frieden war von ihnen gar keine Frage.

§ 7.

Von der Duldung der Wiedertäufer, und Mennonisten insbesondere, finden sich in actis publicis viele Nachrichten. Es sind namentlich gegen die Wiedertäufer mehrere Reichsgesetze vorhanden, daß sie und ihre Schriften nicht geduldet werden sollten.

Vid. z. B. der R. A. v. 1533. §*pho* 44 *seq.*

Auf dem nachherigen Reichstage von 1555 wurde auch wieder ausdrücklich von Vertilgung der Wiedertäufer gehandelt; und das Kammergericht ist angehalten, über diese Constitutiones scharf zu halten.

C. O. C. parte 2. tit 21. §. 5.

§. 8.

Im Mon. März 1646, als es zu den westphälischen Friedenshandlungen kam, machten die Catholischen Stände bei ihrer vorläufigen Erklärung wegen der Reformirten den merkwürdigen Anhang:

„Die Wiedertäufer aber, und andere dergleichen Sekten, sollen nicht geduldet, sondern aller Orten ausgeschafft, und mit den in Reichsabschieden verordneten Strafen wider sie verfahren werden.“

v. Meyern Westph. Fried. Handl. 2ter Th. 583. Seite.

Weil

Weil nun hierüber zwischen beiden Religionstheilen gar kein Streit war; so kam nichts weiter davon zur Sprache, bis der Articul wegen der Reformirten verglichen war, welchem alsdann die Clausul beigesezt wurde:

„Praeter religiones supra nominatas nulla alia in sacro imperio romano recipiatur vel toleretur.“

Hält man nun den unbestrittnen Antrag der katholischen Stände gegen diese Stelle des Friedensschlusses selbst; so ist nicht einzusehen, wie der Sinn dieser Worte noch zweifelhaft scheinen möge.

§. 9.

Gleich nach dem Frieden im Jahr 1649 wurde von dem Reichshofrathe den kaiserlichen Geschäftsträgern in Hamburg befohlen, sich insgeheim zu erkundigen, ob es an dem sey, daß der Magistrat allda Wiedertäufer, und andere im Friedensfluß verbotene Sekten, aufnehme.

Moser von der Relig. Verfass. im 1. Buch Cap. 3. §. 4. *pag.* 25.

Auch am Kammergerichte ist in ältern Zeiten auf die Constitution contra Anabaptistas ohne Anstand genau gehalten worden.

Blumii proc. cam. tit. 30. *num.* 34. *Roding lib.* 1. *tit.* 7. §. 16. 17.

§. 10.

Der eben angeführte *Roding* sagt zwar schon von seiner Zeit:

„Quamvis Anabaptistae in Recessu Imperii graviter prohibeantur, gravibus poenis contra tolerantes statutis; hoc tamen non ita stricte modo observatur, dum non tantum in Palatinatu inferiori, sed etiam ditione Clivensi, aliisque Electoris Brandenburgici provinciis ejusdem farinae homines passim tolerantur."

Er giebt aber auch gleich nachher von einer demungeachtet zu seiner Zeit diesfalls ergangnen wichtigen kammergerichtlichen Erkänntnis Nachricht.

„Non ita pridem tamen (sagt er) in Causa Hartmann contra Halmeil appellationis, ubi Halmeil a juramento sibi delato, quod ratione religionis suae praestare nolebat, absolutus Vesaliae, (zu Niederwesel), & contra hanc sententiam primum post decendium appellatum fuit, nihilominus plenarii appellationis processus propterea decreti fuerunt, quod appellatus Mennonista ita enim Anabaptistae ab Authore haereseos nuncupantur) nec

active

active nec passive jurisdictioni Imperii subjectus esse possit, adeoque sententia absolutoria a juramento esset ipso jure nulla, ita ut appellatione intra decendium opus non fuerit, prout etiam Fiscali in Decreto injunctum fuit, ut non tantum contra Mennonistam sed etiam N. officio suo fungatur sub tali formula: Dann soll sich der käiserl. Fiscal sowohl wider den Appellatum, welcher einer in dem Römischen Reich verbotenen Sekte zugethan, als auch N. umwillen er denselben in seinem Lande geduldet, sich seines Amts gebrauchen."

§. 11.

So sagt auch *Bocken ad Blumium tit.* 30. *num.* 35:

„Constitutionem hanc fundatam esse contra eum, qui anabaptismum profitetur, & contra eum, qui subditos tali sectae adhaerentes tolerat; constitutionem autem hanc per imperium plus debito negligi."

Ferner *Deckherr in vindic. ad Blum. tit.* 30. *num.* 35 lehrt:

„Constitutionem contra Anabaptistas locum habere, siquis anabaptistas scienter receperit."

Er spricht sodann von dem bei *Roding* allegirten casu specifico, und glaubt, quod justissime de officio suo monitus fuerit Fiscalis.

§. 12.

Endlich *de Ludolf in comment. system. sect.* 1. §. 6. *num.* 14. *seq.* schreibt:

„Ob receptionem Anabaptistarum exempla fiscalis actionis complura praeterita tempora dedere, quibus de extirpatione sectae pestilentissimae erat laborandum. Hodie in Germania publice eam profiteri nemo audet. Tentata fuit applicatio constitutionis etiam contra eos, qui a pietatis studio nomen accepere, sed denegati fuere Fiscali processus. Nomen pietismi qui profiteretur adhuc fuit nemo. Rei ipsius definitio nondum fuit data, in quam omnes confessissent, & onerare homines innocentes, vel theologos publice approbatos, sectae haereticae titulo, justitia, charitasque non patitur.“

Testante eodem *de Ludolf in formulis Decretorum append.* 6. *num.* 81. *pag.* 237 *seq.* supplicirte in diesem Seculo der kaiserl. Fiskal wider *W.* und *L.* pro mandato de non tole-

tolerando sectarios, nec ullos, qui aliam, quam quae in Imperio permissa sit, religionem profitentur, sed imperii constitutionibus se conformando S. C. cum citatione ad videndum se incidisse in poenam constitutionum Imperii; und er erhielt den 22. Jan. 1702 den Vorbescheid:

> N. z. 3. abgeschlagen, sondern wofern Supplikant, worin der angegebnen Sektirer unchristlich- und ungebührlicher Wandel eigentlich bestehe, wie auch, ob selbige alle drei im Reich erlaubte Religionen, oder welche unter denselben, ganz oder zum Theil, und diesfalls in was für Punkten und Artikuln verwerfen, auch was sie dahingegen in ihren sogenannten Uebungen heimlich oder öffentlich den Leuten vorpredigen, in specie, und besser als geschehen, beibringen, und bescheinigen wird; soll darauf ergehen, was Recht ist.

§. 13.

Man sieht aus allem bisher angeführten, daß das Kammergericht sonst immer sich verpflichtet geglaubt hat, gegen die Wiedertäufer und Mennonisten sogar ex officio zu verfahren, wenn demselben auch nur von ohngefähr und

und incidenter von dem Aufenthalt solcher Leute Nachricht zugegangen ist.

Eben dies that auch der K. R. H. Rath. Was von diesem gleich nach dem Osnabrücker Frieden im Jahr 1649 geschah, ist weiter oben schon angeführt worden.

§. 14.

Uffenbach de Cons. Imp. aul. cap. 7. sect. 1. num. 7 referirt inter causas ambobus Fiscalibus, aulico & camerali communes:

„Siquis alterius subditos ob anabaptismum extorres contra constitutiones imperii scienter receperit.“

Ordin. Cam. parte 2. *tit* 21. §. 5.

„Quae tamen constitutio (fährt er fort) ubivis locorum per Imperium non ita praecise observatur.“

Daß aber eine solche vermeintliche Observanz von gedachtem kaiserl. R H. Rathe misbilligt wurde, beweist ein anderer merkwürdiger Fall vom Jahr 1691. Der Fürst von Ostfriesland klagte damal am R. H. R., daß, obgleich das jus tolerandi & conducendi Mennonistas allein dem Landesherrn zustehe, dennoch die Ritterschaft sich eines gleichen anmaße. Der R. H. R. resolvirte auf diese Beschwerde:

„Bei

„Bei dem 19ten Grav. verordnen Ihro Kaiserl. Majestät, daß die Wiedertäufer und Mennonisten weder von dem Fürsten noch von den Landständen, wider das Instr. pacis und die Reichsconstitutionen, keines Weegs tolerirt, sondern von beiden Theilen abgeschaft werden sollen.“

Moser in den angezognen Abhandlungen aus dem teutschen Kirchenrechte pag. 94.

§. 15.

Nach allen diesen in der Mitte liegenden, bisher ganz einförmigen, Vorgängen, und nach der deutlichen, so oft wiederholten, Vorschrift der Gesetze, selbst der K. G. Ordnung, müßte man also auch jezt noch dafür halten, daß den Ständen des Reichs keines Weegs gebühre, Mennonisten in ihren Ländern zu hegen.

Jüngere in Betreff erwähnter Mennonisten sich ereignete Vorfälle aber machen noch weitere Betrachtungen nötig.

§. 16.

Im Jahr 1763 ergab sich an dem K. Gte der Fall, daß ein Mennonist von einer zu Hamburg ergangnen Urtheil ad Cameram adpellirte. Judex a quo deferirte der Adpellation

pellation nicht, weil dessen Meinung nach die Adpellationssumme fehlte. Es wurde also Adpellant zu dem sonst in Hamburg gewöhnlichen Adpellationseid nicht zugelassen. Wie nun nachher von dem Kammergerichte die Prozesse demungeachtet erkannt wurden; so mußte nunmehr Adpellant den in Hamburg nicht angenommenen Adpellationseid in Camera prästiren. Sein Anwalt schikte ihm zu dem Ende die dazu bestimmte Vollmacht zur Unterschrift. Adpellant unterschrieb solche aber nicht anders, als daß er sich bei Mannen-Wahrheit halten wolle. Der Prokurator machte am 27. Sept. 1763 extrajudicialiter hiervon die Anzeige, und bat, das juramentum adpellationis auf solche Weise nomine adpellantis pro praestito zu halten, weil die Mennonisten nach ihren principiis nicht anders schwören dürften, auch von denselben zu Hamburg wirklich nie anders geschworen werde.

§. 17.

Die Sache wurde eodem in Pleno proponirt, und darüber am folgenden Tage, den 28 Sept. 1763 nämlich, votirt. Der Referent führte an:

Bey *Stryck in usu mod. ad tit. de jur.* §. 8 sey ein hier ganz einschlagender Fall aufgezeichnet, wo, unerachtet Magistratus Ham-

Hamburgensis einen Mennonisten ad formulam: Bei Mannen: Wahrheit, habe zulassen wollen, impartiales Francofurtenses das Gegentheil gesprochen hätten. Eben so führe *Kessler in them.* 8 *programmatum de Mennonistarum circa juramentum* superstitione einen Casum an, wo im J. 1710 einem Mennonisten ein körperlicher Eid aufgegeben worden sey. Ferner bezeuge *Huber in praelect. jur. civ. ad Lib.* 12. *tit.* 2. § 2. daß, obgleich in Holland den Mennonisten der Eid nachgesehen werde, dennoch suprema curia a veteri formula nicht habe abweichen wollen.

Das Gegentheil aber, und daß man den Mennonisten wider ihr Gewissen zumuthen könne, statuirten:

Böhmer in Diss. praelim. de libertate conscientiae ad tom. 2. *jur. eccles.* §. 11. *item ad tit. de jurejur.* §. 8.

Heineccius in elem. jur. civ. ad cit. tit. §. 15.

Voetius in Comment. ff. ad hunc tit. §. 3.

Matthaeus de criminibus Lib. 47. *tit. ult. Cap.* 1. *num.* 4.

Indessen da die Reichsgesetze die Anabaptisten und dergleichen Sekten nicht duldeten; so dürfe

dürfe Er (der H. Referent) von der in der Ordnung festgesezten Formul nicht abgehen.

In dem vorliegenden Falle aber komme ein besonderer Umstand in Betrachtung, daß nämlich der Adpellationseid eigentlich zu Hamburg hätte geschworen werden müssen, woselbst solcher in der Formul: Bei Mannen-Wahrheit, ganz sicher angenommen worden seyn würde.

Da nun der Unterrichter und der adpellatische Theil den Adpellationseid freiwillig nachlassen könnten: So wollte Er (Refer.) die Eidesleistung einsweil per Decretum aussetzen, und den Magistrat, nebst dem Adpellaten, darüber forderſamst vernehmen, wo man alsdann mit mehrerer Einsicht die Sache erörtern könnte.

Mehrere der hierauf abgegebenen Stimmen wollten das Petitum sogleich abschlagen; das Conclusum fiel jedoch nach dem Antrage des H. Referenten, dahin nämlich, aus: daß die Entscheidung der Sache noch zur Zeit auszusetzen, und die Handlung der Parteyen darüber zu erwarten sey.

§. 18.

Als nun nachher die Visitation dahier eintraf, und das Kammergericht verschiedne

Dubia

Dubia cameralia übergab; so wurde diese Frage als das erste Dubium camerale gedachter Visitation vorgelegt.

In der 222ten Sitzung kam auch wirklich dieses Dubium zur Berathschlagung, und in der folgenden 223ten Sitzung wurde das Conclusum per *strictissime* majora dahin berichtigt: daß an Kaiserliche Majestät und das Reich ein Gutachten zu erstatten sey, daß, wenn bei dem Kammergerichte Mennonisten Recht suchten, derselben Angelobung bei Mannen-Wahrheit als ein Eid anzunehmen, auch bei sich ergebenden Fällen als Meineid zu bestrafen, und ihnen solches vor der Angelobung zu bedeuten sey.

Vid. die gesammelten Originalbriefe Th. 1. *pag.* 213.

§. 19.

In votis wurde zum Theil als vorausgesezt richtig angenommen, daß es den Ständen frei stehe, Mennonisten zu dulden, und daß das Kammergericht, nach Statuten und Gewohnheiten einzelner Reichsländer sich zu richten, schuldig sey.

Indessen erhellt doch auch ex hoc ipso Concluso Visitationis unstreitig soviel, daß selbst majora vota des hohen Visitations-

Confesses darin einig waren, daß es hierüber einer neuen Legislation bedürfe.

§. 20.

Der Verfasser der oben angeführten Originalbriefe scheint gleichwohl mit diesem Concluso gar nicht zufrieden zu seyn, indem Er seinen Herrn v. Z. auf die Nachricht von diesem Schlusse *l. c. pag.* 221 und folg. antworten läßt:

„Es sey die zum Behelf angeführt werden wollende Toleranz der Mennonisten gegen die Gesetze, und strafbar, noch weniger aber zulässig, daß von dem Reichsgerichte selbst den Irrlehren einer solchen Sekte nachgegeben, und deren Toleranz dadurch *tacite* und ipso facto begnehmigt werde."

§. 21.

Daß die Mennonisten eine von den im Reich herrschenden drei Religionen ganz verschiedne Sekte ausmachen, daran ist nach allem dem, was bereits hier oben namentlich von ihnen schon angeführt worden ist, kein Zweifel.

Moser in seinen Abhandlungen aus dem teutschen Kirchenrechte S. 91 nennt sie eine gelinde Art der Wiedertäufer.

§. 22.

Sie haben ihren Namen von ihrem Stifter *Mennon*, der die Lehre der Wiedertäu-

fer

ser von vielen lächerlichen Träumereien zwar gereinigt, im Hauptsächlichen aber deren irrige Lehren theils beibehalten, theils andere neue hinzugesezt hat.

Moreri dictionaire historique voce Mennonites.

Umständlicher ist die Geschichte der Wiedertäufer und Mennonisten in der von *Einem* übersezten, und mit den Anmerkungen des *Macklaire* versehenen, Kirchengeschichte *Mosheims* enthalten.

§. 23.

Kreittmeyr ad Cod. civ. Bav. Th. 5. Cap. 20. §. 1. S. 2204 sagt von ihnen:

„Obwohl nicht ohne, daß in verschiednen Reichsländern Mennonisten, und mehr andere Sekten geduldet werden; so stehet doch noch dahin, ob solches nicht mehr de facto als jure geschehe, indem man, Syncretismum im Reiche einnisten zu lassen, niemal die Meinung gehabt hat. (*Barthel de iure reform. art.* 7. §. 2.)

§. 24.

Zum Theil behaupten die Mennonisten zwar, (wie in dem weiter unten vorkommenden Falle geschehen ist) daß ihre Art Gott zu

verehren mit jener der Reformirten übereinstimme, und daß sie von diesen nur in Ansehung der Taufhandlung differirten; sie seyen also, wenn es seyn müßte, Anhänger der reformirten Kirche.

§. 25.

Allein man kann sie dafür nicht annehmen, weil sie von den Reformirten selbst für keine Mitbrüder erkannt werden.

Saepe allegatus *Moser* schreibt l. mox cit. pag. 134 und 135:

„Wenn jemand als ein Glied einer Religionsparthey passiren will; so muß er auch von solcher Kirche dafür erkannt werden. Wenn nun die ganze Evangelische, oder Katholische Kirche erklärt, daß sie gewisse Sekten nicht für ihre Mitbrüder erkenne, wie z. B. die Wiedertäufer; so hat die Sache ihre geweisten Wege."

§. 26.

Häberlin in seiner neuesten teutschen Reichsgeschichte im 8ten Bande S. 649 und folg. meldet schon vom J. 1571, daß sich in den Kurpfälzischen Ländern und dasiger Nachbarschaft viele Wiedertäufer eingenistelt hätten. Kurfürst Friedrich habe zu Frankenthal ein Religionsgespräch mit ihnen halten lassen,

aber

aber vergebens; sie seyen hartnäckig auf ihren Meinungen verblieben. Der Kurfürst habe ihnen also ernstlich anbefohlen, sich des Lehramts zu enthalten.

Häberlin führt auch eod. loco 13 articulos an, worin gedachte Wiedertäufer mit den Augsb. Conf. Verwandten differirten, welche wohl noch die nämlichen seyn werden, die auch noch heut zu Tage den Inbegriff der Mennonistischen Lehren ausmachen.

§. 27.

Genug also hiervon. Die Mennonisten sind wirkliche Irrlehrer, die zu keiner der im Reiche berechtigten Religionen gehören. Sie halten eigne Zusammenkünfte, haben ihren eignen Vorstand, der die Stelle der Priester vertritt; sie celebriren ihr besonderes Nachtmahl, sie wiedertäufen, und versprechen endlich ihrer Gemeinde getreu zu seyn, und sollte es ihnen auch das Leben kosten.

Lauter Dinge, welche nach der Vorschrift der Reichsgesetze nicht zu gestatten sind.

§. 28.

Es ist aber nun schon einmal im Jahr 1763 die Duldung der Mennonisten ad notitiam Pleni gediehen, und damals ex officio gegen Hamburg und die dortige Men-

nonisten excitando Fiscalem nicht vorgeschritten worden; auch hat nachher eine hohe Visitation selbst deren Toleranz stillschweigend gebilligt.

In dieser Lage der Sache darf nunmehr das Kammergericht den ältern Beispielen nicht weiter folgen, und gegen die Mennonisten nach den Constitutionen ex officio verfahren.

§. 29.

Sie verdienen auch wirklich in neuern Zeiten gelindere Rüksicht, welcher ihre Vorfahrer, die Wiedertäufer, sonst nicht so würdig waren. Mit allem Rechte mußten die Gesetze gegen diese scharf verfahren, welche Strenge sie ihrem, dem Staat höchst schädlichen, der öffentlichen Ruhe nachtheiligen, Aufruhr erweckenden, sonstigen Betragen, und ihrer alle Ordnung und Subordination verabscheuenden Lehre, selbst zuzuschreiben hatten.

Nachdem aber ihre Grundsätze durch den Meno verbessert worden sind; so haben sie bisher ein stilles, friedfertiges Leben geführt, und den ersten, durch das vorhinnige Bet agen sonst wohl verdienten, Abscheu wieder ausgelöscht.

§. 30.

§. 30.

Da sie nun einmal geduldet werden, so entsteht die weitere Frage: „Kann es diesen Leuten erlaubt seyn, neue Mitglieder aufzunehmen, Proseliten zu machen?“

Man sollte denken, daß ihnen die Aufnahme neuer Mitglieder, weil sie doch einmal geduldet sind, zu keinem so großen Verbrechen angerechnet werden könne, wenn sie nur Niemanden zu dem Beitritt zu ihrer Sekte verführen.

Indessen darf ihnen dieses gleichwohl nicht gestattet werden; und ein Reichsstand, der ihnen solches nachsieht, wird sich hierdurch unstrittig dem obersten Richter verantwortlich machen.

Die Entwicklung dieser Grundsätze kömmt in folgendem Falle, und der demselben beigefügten kammergerichtlichen Entscheidung, umständlicher vor.

„Rechtsfall, der nach vorstehenden Grundsätzen beurtheilt worden ist.“

§. 31.

Johann Nafzinger, ein in Essingen wohnender, sehr begüterter, Mennonist, und Vorsteher aller in dortiger Gegend sich befindenden Mennonisten, wurde von dem Kurpfälzischen Oberamte Germersheim bei dem

gemeinschaftlichen v. Dalbergischen Kellereiamt zu Essingen dahin angeklagt: daß er zwei, von wiedertäuferischen Eheleuten gebohrne, aber in der katholischen Religion erzogene, Mädgen zu Abschwörung des katholischen Glaubens, und Uebergang zur Mennonistischen Sekte, verleitet habe; weswegen man dessen Reichsgesetz-mäßige Bestrafung erwarte.

§. 32.

Gottlob Amand Freih. von Dalberg befahl hierauf gedachtem Amte, daß solches den inculpatum vernehmen, und demnächst seinen Bericht samt Gutachten zur gemeinherrlichen Entscheidung einschicken solle.

Das Amt vernahm den Mennonisten ad protocollum; dieser läugnete aber die ihm zur Last gelegte Verführung, und bestand darauf, daß sich die zwei erwähnten Mädgen freiwillig zur Mennonistischen Lehre bekannt hätten, und zwar um so mehr, als sie in ihrer Jugend zur Annahme des katholischen Glaubens gleichsam gezwungen, um das Ihrige gebracht, und nachher von den katholischen Geistlichen verlassen worden seyen.

§. 33.

Der Beamte schikte diese Aussage an die Gemeinherren, und erhielt von diesen den weitern

tern Auftrag: daß er, weil sich aus Abgang der von dem Kurpfälzischen Oberamte über diese Sache geführten Protokolle noch zur Zeit nicht entscheiden lasse; ob der Mennonist Nafzinger die zwei Mädgen wirklich verführt habe; dem Oberamte Germersheim wieder zurükantworten solle, daß man gegen den Nafzinger die Reichsgesetz-mäßige Strafe noch nicht verhängen könne; sondern von dem Oberamte erst nähere Beweise hierüber erwarten müsse.

§. 34.

Das Kurpfälzische Oberamt communicirte hierauf an das v. Dalbergische Kellerei-Amt sein von ihm über diese Sache geführtes Protokoll, worin ein anderer Mennonist gesteht, daß Nafzinger die beiden Mädgen wiedergetauft, und ihnen das Nachtmal gegeben, auch das feierliche Angelöbnis abgenommen habe, daß sie gut, und der Gemeinde gehorsam seyn wollten; sollte es ihnen auch das Leben kosten.

§. 35.

Der Freih. Gottlob Amand von Dalberg befahl hierauf dem Beamten weiter: den Nafzinger auf die Wache zu setzen, oder cautionem idoneam de se toties quoties

sistendo von ihm zu fodern, sofort denselben zur wirklichen Inquisition zu ziehen; ihm einen defensorem zu gestatten, und endlich alle diesfalsige Akten so abzuhandlen, damit solche ad impartiales verschikt werden könnten.

§. 36.

Der andere Mitherr aber, Fried. Franz Carl Freih. v. Dalberg resolvirte so sogleich definitive dahin:

Es wird nunmehr der Mennonisten-Vorsteher Nafzinger, weil er die beiden in der katholischen Religion erzogenen Mädgen in die Mennonistische, ohne es der Ortsobrigkeit angezeigt zu haben, aufgenommen, und sich dadurch der seiner Seits begangnen Verführung derselben sehr verdächtig gemacht, für diesmal, nebst den Untersuchungskosten in eine herrschaftliche Strafe von 100 fl. fällig erklärt, mit der Verwarnung, sich künftig dergleichen eigenmächtigen und widerrechtlichen Verfahrens unter schwerer Ahndung zu enthalten.

§. 37.

Mit dieser Resolution war nun Gottlob Amand v. Dalberg gar nicht zufrieden. Er klagte dieserhalb an dem Kammergerichte, und stellte per suppli-

supplicam vom 12. Jan. 1781, nebst Erzählung des hier schon geschilderten Falls, ferner vor:

§. 38.

Seine Entschließung sey sicher den Gesetzen und der Billigkeit angemessen; von der jenseitigen aber werde man dieses nicht wohl behaupten können, da darin ohne weitere Inquisition ad definitivam geschritten, und der Nafzinger, obgleich das Resolutum selbst ihn nur für verdächtig halte, dennoch sogleich, und zwar nur deswegen, gestraft worden sey, weil er die beiden Mädgen in die mennonistische Sekte, ohne es der Obrigkeit anzuzeigen, aufgenommen habe.

§. 39.

Das Kurpfälzische Oberamt sey auf Geheiß der Kurfürstlichen Regierung als accusator aufgetreten; Nafzinger sey zuerst nur summarie vernommen worden, hierauf habe gedachtes Oberamt ad probandum negata a Reo, & ad elidendas exceptiones oppositas, sein Protokoll mitgetheilt; es sey also bis hiehin alles beobachtet worden, was ad processum accusatorium gehöre, und wäre nicht die Resolution des andern Mitherrn dazwischen gekommen, so hätte nunmehr

mehr mit der Inquisition vorgeschritten werden müssen. Erwähnte Resolution sey nach dem condominial-Vertrag ungiltig, da sie einseitig und nach Willkühr abgefaßt sey, auch müßten bei adelichen Gerichten nach der fast allgemeinen Praxis die criminal-Akten ad exteros impartiales verschikt werden.

§. 40.

Das Oberamt Germersheim dringe immer auf die Reichsgesetz-mäßige Bestrafung des Nafzinger, und es sey zu befürchten, bei weiterer Verzögerung der Sache, Kurpfalz sowohl, als der H. Fürst Bischof zu Speyr (da auch die katholische Geistlichkeit sich der Sache anzunehmen scheine) gar wohl auf den Gedanken, sich selbst Recht zu schaffen, verfallen, und also den Nafzinger, wenn sie dessen habhaft würden, vor ihre eignen Gerichte ziehen mögten, wodurch der Reichsunmittelbarkeit des kaiserlichen Reichslehn Essingen kein geringer Nachtheil entstehen würde.

§. 41.

Diese hier kürzlich ausgehobene Vorstellung beschloß sodann Supplikant mit der Bitte, wider den erwähnten Mitherrn, und das gemeinschaftliche Amt zu Essingen, ein

Man-

Mandatum poenale de non impediendo legalem processus inquisitorii instructionem, secundum juris ordinem & praescripta legum, nec non pactum condominiale de 1774, contra anabaptistarum praesidem & concionatorem Joannem *Nafzinger* in Dynastia Essingensi habitantem, puncto accusati delicti seditionis duarum puellarum catholicarum ad sectam anabaptisticam, dehinc instructa legaliter causa, concessaque ulteriori defensione, ordinanda a condominis transmissione actorum ad impartiale Collegium juridicum mixtum pro ferenda sententia S. C.

zu erkennen.

§. 42.

Bei der Beurtheilung dieses Falls lag nun die vorangesezte Ausführung zum Grunde, worin die sich bei der Sache ergebende Vorfrage: Von der Duldung der Mennonisten überhaupt, umständlich vorgekommen, und auch die weitere, auf vorliegenden Fall insbesondere einschlagende, Frage: Ob es sohin den Mennonisten erlaubt seyn könne, neue Mitglieder aufzunehmen? erörtert worden ist.

Was

Was diese leztere betrift, so kommt in casu substrato ferner in Betrachtung: daß Nafzinger bereits darüber, ob er die beiden katholischen Mädgen zur Mennonistischen Lehre verführt habe? ausführlich gehört worden ist, und daß er solches constantissime geleugnet hat, womit auch der bei dem Kurpfälzischen Oberamte constituirte Mennonist vollkommen übereinstimmt. Es finden sich also in dem Kurpfälzischen Oberamts-Protokoll, in Ansehung der dem Nafzinger zur Last gelegten Verführung, keine neuen Indicia, worüber er noch weiter vernommen werden müßte.

§. 43.

Hätte man daher, ratione seductionis in specie, auf ihn noch weiter inquiriren wollen; so hätten vorerst die beiden Mädgen selbst über diesen Umstand vernommen werden müssen. Da dieses nicht geschehen ist, oder da wenigstens hiervon nichts vorkömmt, so steht zu glauben, daß diese Mädgen selbst dem Nafzinger hierunter keine Schuld geben.

§. 44.

Indessen ist aber auch, um die Sache sträflich zu machen, eben nicht erforderlich, daß

daß die erwähnten Mädgen zur Mennonistischen Sekte verführt worden seyen. Es ist allerdings schon sträflich, daß sie aus der katholischen Religion weg- und zu Mennonistinnen aufgenommen worden sind; denn, wenn auch solche Sektirer tolerirt werden, so kann ihnen doch nicht erlaubt seyn, Proseliten zu machen.

§. 45.

Es ergeben sich aber gleichwohl hier aus der Aussage des Inquisiti Umstände, die, wenn sie ihre Richtigkeit haben, wenig Strafwürdiges mehr übrig lassen. Sie sind folgende:

Nafzinger besteht in seinem Verhör darauf, daß die beiden Mädgen von Mennonistischen Eltern geboren, und bei dieser Lehre, die eine bis in iht elftes — und die andere bis in das siebente Jahr erzogen worden seyen. Ihr Vater, den die Mennonisten seines liederlichen Wandels wegen aus ihrer Gemeinde verstoßen hätten, solle zwar auf seinem Todsbette katholisch worden seyn, und die Erziehung seiner Kinder in eben dieser Religion verlangt haben: die Mutter aber sey wirklich noch eine Mennonistin. Diese Mutter, und er (Nafzinger) hätten auch damal gleich die

die mündliche Vertröstung von der Kurpfälzischen Regierung erhalten, daß man diesen Kindern, wenn sie zu vollkommenem Verstand gelangen würden, ihren freien Willen lassen werde. Da sich nun dieselben nachher bei ihrer Mutter aufgehalten, so hätten sie öfters verlangt, in die Mennonistische Gemeinde wieder aufgenommen zu werden; die Mennonisten aber hätten es ihnen immer abgeschlagen, und solche in die katholische Kirche verwiesen, bis er (Inquisit) endlich denselben auf ihr beständiges Anhalten willfahrt habe.

§. 46.

Sind diese Mädgen wirklich von Mennonistischen Eltern gebohren, und in ihren ersten Kinderjahren auch so erzogen worden, und sie wollen nun, da sie ad annos discretionis gekommen, zu dieser Lehre freiwillig zurücktreten; so verliert das Imputatum vieles von seiner Stärke. Sollten sich dabei noch jene Umstände wahr finden, daß die Mennonisten ausdrüklich auf die Discretions-Jahre vertröstet, und daß die Mädgen auf ihr vieles Anhalten zur Mennonistischen Lehre wieder aufgenommen worden seyen: So wird außer dem eigenmächtigen Verfahren, indem Naßinger die Sache der Obrigkeit vorher

hätte anzeigen sollen, weiter etwas sträfliches nicht mehr übrig seyn.

§. 47.

Da nun der erste Umstand, nämlich daß die Eltern Mennonisten waren, zwar seine Richtigkeit hatte; wegen des zweiten aber Beweise zu fodern, und wegen des dritten die Mädgen selbst zu vernehmen waren, auch endlich die verlangte Transmission der Akten, instructa causa, keinen Anstand finden konnte: So ward alles dies in folgender den 20. Febr. 1781 ertheilten Ordination begriffen.

Decretum

N. z. Z. abgeschlagen, sondern ist imploratischer Amtskeller, daß derselbe die besondern Umstände, 1 *mo* Ob sich die Mennonisten gleich Anfangs, wegen Erziehung der Mauerischen Kinder in der katholischen Religion, zu Mannheim beschwert, hierauf aber ad annos discretionis dieser Kinder vertröstet worden; auch 2*do* Ob nachher die beiden Mauerischen Töchter öfters von freiem um die Aufnahme in die Gemeinde der Mennonisten gebeten; endlich 3*tio* Ob diese Mädgen bei ihrer Aufnahme wirklich wiedergetauft, und mit Verlust ihres Lebens der Gemein-

de getreu bleiben zu wollen versprochen; vor allem annoch besser untersuchen, zu dem Ende die nötige Erkundigungen bei Kurpfälzischer Regierung einziehen, gedachte Regierung auch um die erfoderliche Abhör der Mauerischen Töchter selbst gebührend requiriren, hierauf aber den Mennonisten Nafzinger aller dieser Umstände wegen hinlänglich hören, in ein- und anderm Läugnungs-Falle confrontando, oder sonsten der Gebühr nach, verfahren, dem Denunciaten genügliche Defension gestatten, die Akten überhaupt wohl instruiren, und solche alsdann auf eine unparteyische, nicht excipirte, Juristenfakultät zum Spruch Rechtens verschicken solle, hiermit angewiesen.

Sechster

Sechster Rechtsfall,

über folgende Frage:

Kann ein *Socius* einer Handlungsgesellschaft gegen denjenigen, dem er für sich schuldig ist, mit dem, was dieser (sein *Creditor*) der Societät schuldig ist, compensiren, oder nicht? Geht dies weder *pro toto* noch *pro rata* an?

Inhalt.

§. 1 — 28. Rechtsfall, worin es auf die Entscheidung vorstehender Frage ankam.

§. 29 und 30. Kammergerichtliche Entscheidung dahin, daß die Compensation für das Ganze sowohl, als pro rata, nicht zuzulassen sey.

§. 31 — 57. Ausführung hierüber.

Sodann als Beilagen von Lit. A bis F mehrere von den Kaufmannsständen ansehnlicher Handlungsplätze in der Sache erstattete Gutachten, welche um so merkwürdiger sind, als sie zum Theil sehr verschiedne Meinungen aufstellen.

Geschichtserzählung.

§. 1.

Bened. Ad. v. Liebert hatte im J. 1759 zu Augsburg eine eigne Wechselhandlung errichtet, und solches durch die Eintragung ins Raggion-Buch öffentlich bekannt gemacht.

Im Anfange des J. 1769 verband er sich mit den beiden Augsburgischen Handelshäusern *Carli* & comp. und Georg Jak. Höpf, und errichtete mit ihnen die sogenannte Silberhandlung, die zu Ausmünzung der Conventionsthaler auf den kaiserl. Münzstädten Güntzburg und Hall in Tyrol privilegirt war, und sich mit dem Vertrieb der Conventionsthaler in die Levante beschäftigte.

§. 2.

Diese neue Gesellschaft bestimmte ihre wechselseitige Verbindlichkeiten in einem den 2. Jenner 1769 errichteten Contrakte; dessen Inhalt in so ferne hier erheblich ist, als von dem einen Theil daraus der Schluß auf eine societatem universalem omnium bonorum, von dem andern aber auf eine societatem particularem gezogen wird.

Dieser Vertrag, worin einige Stellen nicht ganz deutlich sind, ist nach wörtlichem Auszug folgender:

„Der

„Der aus einer Million Gulden Augsburger Währung bestehende Fond soll in 10 Actien vertheilt werden, wovon die drei unterzeichneten oben genannten Interessenten sechse unter sich zu gleichem Antheil vertheilen, die vier übrigen Actien aber an unterschiedne ungenannte Freunde überlassen. In Gemäßheit des allerhöchsten Privilegiums soll die Verbindung acht Jahre dauern, mithin den lezten Dez. 1776 zu Ende gehen; binnen dieser Zeit aber keiner unter keinem Vorwand aus der Gesellschaft zu treten befugt seyn, auch soll der ganze Fond in dieser Zeit unverrükt in der Handlung verbleiben, zur wechselseitigen Gewährung der mit einander machenden, sowohl die Silberhandlung, als ihre sonstige partikulair-Handlungen, angehende Negotien, wie auch für die unter gemeinschaftlichem Obligo aufnehmende Deposita; obwohl diese zwar beständig in der Silberhandlung liegen bleiben, und nur bei dieser, nicht aber zu partikulair-Negotien, weder von dem einen noch von dem andern gebraucht werden können, weshalb aber dennoch einer für den andern in solidum, und mit ausdrüklicher Begebung des beneficii divisionis, dafür zu haften sich anheischig macht, und deswegen auch einer für alle und alle für einen zu stehen haben; gleichwie auch in Ansehung der Geschäfte, so

 ein

ein jeder von ihnen in seiner Partikularität mit ihrem Debitcomtoir machen würde, bis zu Ende des Contrakts sich unter= und gegen einander gebenden Foderungen, Rechnung= und Gegenrechnungen aufs feierlichste deswegen gegen einander verpfändet, und zur Compensation angewiesen, daß jeder gegen den andern als sein rechtmäßiges Unterpfand zu halten, sich selbst damit zu pfänden, bezahlt und schadlos zu machen, Fug haben solle. Die drei Unterschriebenen seyen zu Direktoren ernennt, der Profit solle mit Ende jeden Jahrs jedem zu seiner nachmaligen Disposition gut geschrieben werden. Wenn während der Zeit ein Socius stürbe, so sollen dessen Erben, das Capital im Fond zu lassen, gehalten seyn, und wenn sie auch keinen Theil nehmen wollen, dennoch das Capital zu 5 pro Cent verzinslich stehen lassen, indem solches als ein rechtmäßiges Unterpfand angesehen werden solle. Endlich solle zu Augsburg für diese Handlung ein apartes Comtoir errichtet, und dieses von einem Vicedirektor versehen werden."

§. 3.

Diese neue Handlung ward auch den 1ten Febr. 1770 unter dem Prädikat: K. K. privilegirte ausländische Silberhandlung, deren Geschäfte mit dem gemeinschaftlichen Obli-

go

go und Capital von den erwähnten 3 Häusern besorgt werden, in das auf der Kaufleute-Stube befindliche Handlungs-Raggion-Buch eingetragen.

§. 4.

Liebert, der seine Privathandlung unter seiner firma fortführte, wurde nun im Jahr 1771 an den Augsburgischen Kaufmann Ebertz eine Summe von 3743 fl. 43 kr. Curr. in scontro schuldig.

Ungefähr um die nämliche Zeit kaufte die Silberhandlungssocietät von Ebertz für 3518 fl. 5 kr. Curr. Wechsel auf Hamburg.

Unter der Zeit, als diese Wechsel zu laufen hatten, erklärte Ebertz im Nov. 1771 seine Insolvenz; und da der Trassat zu Hamburg indessen ein gleiches gethan hatte, so kamen die Briefe unbezahlt von Hamburg zurük, und die Silberhandlung ward dadurch bei der Eberzischen Masse Creditrix für 3518 fl. 5 kr.

§. 5.

Nachdem Ebertz fallirt hatte, so wurden von dem Stadtgerichte zu Augsburg, welches forum Ordinarium concursuum daselbst, Curatores massae bestellt. Wie diese nun den v. Liebert mit 3743 fl. 43 kr.

unter den Schuldnern ihrer Masse fanden, so foderten sie von ihm jene Summe Anfangs durch ein Billet, worauf er den 2ten Dez. 1771 antwortete, daß, sobald das mit Ebertz & compagn laufende zur Richtigkeit gekommen seyn werde, obige Summe bereit sey, und auf eine vermutlich wiederholte Anfoderung gab er durch ein anderes Billet vom nämlichen dato zur Antwort: Es dürfte nur nachgesehen werden, was die Eberzische Handlung zu laufen habe, weswegen er das Compensationsrecht exercire, und sich deshalb reservanda reservire.

§. 6.

Gleich andern Tags den 3ten Dez. 1771 wendeten sich die Eberzischen Curatores mit einer von jenen zwei Liebertischen Billets begleiteten Vorstellung ans Stadtgericht, beriefen sich auf die Liquidität ihrer Foderung, führten an, daß, wegen der Verschiedenheit der Silberhandlung und der Liebertischen eignen Handlung, die anmaaßliche Compensation nicht statt finde, daß hingegegen ihre Foderung, als ein Scontro-Posten, nach Wechselrecht abzuthun sey, und baten dem v. Liebert per signaturam aufzugeben, daß selbiger die liquide Scontro-Schuld gleich am folgenden — als einem

Zahl:

Zahltage baar abführe, damit nicht das Burgermeisteramt zu deren Beischaffung requirirt werden müsse.

Hierauf gab das Stadtgericht gleich andern Tags, den 4ten Dez. 1771 den Beklagten, ohne ihn vorzuladen, oder zu hören, per signaturam auf, sich noch nämlichen Tags mit den klagenden Curatoren wegen der Foderung zu 3743 fl. 43 kr. curr. durch baare Bezahlung abzufinden, widrigen Falls gegen denselben nach Wechselrecht verfahren werden müßte.

Diese Signatur war von dem Oberrichter allein unterschrieben; er soll aber die klägerische Vorstellung unter den Assessoren haben cirkuliren lassen, und es soll, wie Klägere auf die deswegen gemachte Beschwerden vorgeben, in dringenden Fällen so gebräuchlich seyn.

§. 7.

Mit gedachter Signatur giengen die klagenden Curatores zu Liebert, welcher die Zahlung mit der Aeusserung weigerte, daß er das Geld bei der Gerichtskanzlei, oder dem Burgermeisteramte, unter Vorbehaltung seiner Rechte, hinterlegen werde.

Die Eberzischen Curatoren wirkten hierauf, durch Vorzeigung eines Exekutions-

 scheins

scheins vom Burgermeister, bei dem Reichs-stadtvogt die Exekution aus. Da aber Liebert indessen das Geld an das Burgermeister-amt, in der Absicht es daselbst zu deponiren, geschikt hatte; so fertigte er mit der Anzeige hiervon den Aktuarius des Vogts, und die, welche zum Exequiren kamen, ab.

§. 8.

Nachdem hierauf Liebert eine Vorstellung dem Magistrat übergeben hatte; so erfolgte, ohne vorgängige Communikation an die Eberzische Curatores, den 31 Dez. 1771 ein Dekret, wodurch (wie sich erwähntes Dekret ausdrükt) das von dem Stadtgerichte contra partem nec citatam nec auditam & quidem incompetenter geschehene Verfahren lediglich cassirt, und für null und nichtig erklärt, die jenseitige Curatel aber angewiesen wurde, die von dem von Liebert deponirte Gelder demselben unverzüglich zu restituiren, worauf den Curatoren unbenommen bleibe, ihre Foderung aus eben dem Rechte und der Eigenschaft, so sie vor der Verfallzeit gehabt, in foro competente bei dem Burgermeisteramte zum Besten der Masse zu betreiben.

§. 9.

Zu Folge dieses Dekrets bekam Liebert die deponirte 3743 fl. 43 kr. zurük, und die

Eber-

Eberzischen Curatoren stellten den 13ten Jenner 1772 ihre Klage bei dem Burgermeisteramte an, und baten den v. Liebert zu Bezalung des Scontro-Postens nach Wechselrecht anzuhalten.

Der Liebertische Mandatarius gestand den Scontro-Posten keine Wechselkraft zu, und opponirte der Foderung die Einrede der Compensation mit den jenseits an die Silberhandlung schuldigen 3518 fl. 5 kr.

Die Kläger beriefen sich replicando, in Ansehung der Wechselkraft der Scontro-Posten auf die Erklär- und Vermehrung der Augsburgischen Wechselordnung von 1716, und widersprachen der Compensation, weil Liebert proprio nomine Debitor ihrer Masse sey, auch legaliter nicht constire, daß der von Liebert associé der Silberhandlung sey, welcher sie die angegebne Summe schuldig zu seyn, übrigens nicht läugneten, und ihrem vorigen petito inhärirten.

Der Liebertische Mandatarius beharrte hiernach auf der Compensation, und trug auf die Producirung des Raggion-Buchs an, wozu ihm auch ein Termin angesezt wurde.

§. 10.

Die fernere Protokollarverhandlung erfolgte am 17 Jenner 1772, wo dann der v. Lie-

Libertische Mandatarius einen Extrakt des Raggion-Buchs, zum Beweis, daß sein Prinzipal unter gemeinschaftlichem Obligo und Capital, also in solidum, bei der Silberhandlung associrt sey, producirte, und darauf sein Conpensationsrecht gründete.

Die Kläger behaupteten hingegen, daß das jenseitige Begehren dem ganzen Handelsplatz nachtheilig sey, und daher Liebert zur Bezahlung anzuhalten, die Silberhandlung aber ad concursum zu verweisen wäre.

Unterdessen daß die weitere Verhandlung auf den folgenden Tag ausgesezt wurde, ließen sich die Kläger von der Kaufleutestube ein Parere ertheilen; worin die Frage: Ob Scontro-Posten wie Wechsel zu behandlen seyen? von neun Stimmen bejaht, von dem Stubenmeister *Carl Ant. Carli* und dem Assessor *Ignat. Carli* aber verneinet wurde.

Dieses Parere producirten sie den 18ten Jenner 1772 bei dem Burgermeisteramte, und baten in judicando darauf zu reflektiren.

Das Burgemeisteramt erklärte hierauf, daß es Bedenken habe, in dieser weit aussehenden Sache zu sprechen, sondern Magistratui mit Uebergebung derselben überlassen wolle, ob nicht von einem auswärtigen Handelsplatz

platz ein Gutachten darüber einzuholen seyn dürfte.

Beide Theile ließen sich zwar dies gefallen, jedoch Klägere nur puncto compensationis; in Ansehung der Wechselkraft der Scontro-Posten aber, baten sie noch nämlichen Tags um Resolution, und behielten sich im Entstehungs-Fall competentia bevor. Welchem ungeachtet es bei dem ertheilten resoluto belassen wurde.

Das Burgemeisteramt übergab mit einer seinem resoluto gemäßen Anzeige vom 21ten Jenner 1772 die Sache dem Magistrat, welcher aber per Decretum vom 22ten ejusdem demselben überließ, ein Parere von einem auswärtigen Handelsplatze einzuholen.

§. 11.

Die Kläger übergaben hierauf den 23ten gedachten Monats dem Magistrat eine Vorstellung, worin sie darauf bestanden, daß wenigstens nach der Augsburgischen Usance die Scontro-Posten Wechselkraft hätten, daß hingegen die Compensation hier deswegen nicht statt habe, weil die Liebertische — und die Silberhandlung ganz verschieden seyen, bei lezterer keine societas omnium bonorum vorhanden sey, und sonsten auch ihre Masse mit einer an den socium der Silberhand-

handlung Georg Jakob Höpf habenden Foderung von 7667 fl. 37 kr. compensiren könnte. Sie baten daher, wie vorhin, und erboten sich, das Quantum, mit dem Liebert compensiren wolle, auf den Fall, daß sie bei dem bis an die Reichsgerichte zu nehmenden Rekurs unterliegen sollten, bereit zu halten.

§. 12.

Die Kaufleute zu Augsburg hielten inzwischen eine Zusammenkunft, wozu sie aber den von Liebert, und die beiden Carli nicht beriefen, weswegen auch diese per Notarium dagegen protestirten, sich auch durch eine besondere Vorstellung beim Magistrat darüber beschwerten. Auf das nachherige Dekret vom 4ten Febr. 1772 aber, welches diese Beschwerde auf sich beruhen ließ, ist hiervon weiter keine Erwähnung geschehen.

In dieser Versammlung der Kaufleute wurde eine Vorstellung entworfen, die sie den 25ten Jenner gedachten Jahrs dem Magistrat übergaben, und sehr dringend auf der Wechselkraft der Scontro-Posten bestanden, die bisherige Observanz anführten, und sich auf das Dekret des Magistrats vom 31ten Dez. 1771, nach welchem die Foderung der Eberzischen Masse an Liebert eben das Recht und die Eigenschaft, die sie vor der Verfall-

zeit gehabt haben sollte, beriefen, auch dabei äußerten, daß sie nicht hofften, daß man die Entscheidung dem Gutdünken Auswärtiger, welche mit der Augsburgischen Usance nicht bekannt, aussetzen, und liquidum cum illiquidissimo aufhalten werde.

§. 13.

Auf diese beide Vorstellungen der Eberzischen Curatoren und der Kaufleutestube erfolgte den 28ten Jenner 1772 ein Dekret des Magistrats, nach welchem es in Ansehung der Compensation bei dem vorigen Dekret, vom 22ten Jenner nämlich, belassen, das Exhibitum der Kläger dem Beklagten zur Vernehmlassung communicirt, und dem Burgermeisteramt aufgegeben wurde, beide Piecen den zu verschickenden Akten beizulegen, in Ansehung der Scontro-Post aber nach bisheriger Usance schleunig zu sprechen, und zu verfahren.

§. 14.

Als nun der Mandatarius der Eberzischen Curatoren dieses Dekret den folgenden Tag beim Burgermeisteramte producirte, und in dessen Gemäßheit zu verfahren bat; so wurde Beklagter noch am nämlichen Tage vorgeladen: dessen Mandatarius aber erklärte, daß

er

er sich, ehe das Parere auswärts eingeholt seyn würde, auf nichts einlassen könne, vielmehr gegen alles protestire, um so mehr, als er gegen lezteres Dekret vom 28. Jenner adpellirt habe.

Der Eberzische Mandatarius behauptete; daß diese Adpellation keinen effectum suspensivum haben könne; und wirklich erfolgte auch das Resolutum dahin: daß, da ob= und wann adpellirt worden, legaliter nicht constire, Liebert die eingeklagte Summe noch am nämlichen Tag bezahlen solle.

Beklagter berief sich hierauf zwar auf seine Adpellation und sein Compensationsrecht; der klagende Theil hingegen erklärte, daß er, wenn nämlichen Tags um 6 oder 7 Uhr die Bezahlung nicht erfolgte, auf die Exekution antragen würde. Vom Richter aber wurde beschlossen, dem Directorio das Protokoll zu übergeben, und anzufragen, ob solche Schritte von dem Beklagten gemacht wären, welche die Exekution aufhalten könnten.

§. 15.

Würklich hatte Beklagter seine an den Reichs=Hofrath ergriffene Adpellation den 30ten Jenner 1772 dem Magistrate insinuiren lassen; von welchem sie aber, als in diesem

sem besondern Fall unstatthaft, verworfen, und es dabei belassen wurde; daß die Akten, um über den Compensationspunkt zu sprechen, auswärts verschikt werden sollten.

Beklagter fügte sich hierauf; deponirte die eingeklagte Summe, und übergab in Gemäßheit des erwähnten Dekrets vom 28ten Jenner 1772 dem Magistrate eine Vernehmlassung, worin er darauf bestand, daß Scontro-Posten keine Wechselkraft hätten, und ferner behauptete, auch mit Stellen aus Authoren zu bestätigen suchte, daß zwar ein Socius gegen einen Extraneum, der zugleich der Societät schuldig sey, compensiren könne, auch die Societät, wenn der an sie fodernde Extraneus einem Socio schuldig sey, aber nicht der Extraneus gegen die an ihn fodernde Societät, wenn ein Socius ihm schuldig sey. Am Ende behauptete er auch, daß ihm, qua Socio der Silberhandlung, auf die von Ebertz in Händen habende Gelder das jus retentionis, in Kraft des der Wechselordnung angefügten Rathsdekrets vom 28. Febr. 1682 zukomme; und bat, dahin zu sprechen, daß er von den der Eberzischen Masse schuldigen 3743 fl. 43 kr. die 3518 fl. 5 kr. kürzen dürfe, welche die Silberhandlung an die Masse zu fodern habe.

Diese Supplik wurde vom Magistrat den 20. Febr. 1772, so wie die von den Eberzischen Curatoren den 5ten März übergebene Supplik per Decretum vom 8ten März, an das Burgermeisteramt remittirt.

§. 16.

Die Eberzischen Curatoren übergaben hierauf den 19ten May gedachten Jahrs ihre triplicas bei dem Burgermeisteramte, und beriefen sich darüber, daß Scontro-Posten Wechselkraft hätten, auf die Theorie und die allgemeine Usance, die sie insonderheit von Augsburg durch ein beigelegtes Judicatum zu beweisen suchten.

In Ansehung des Compensationspunkts interpretirten sie die von dem Gegentheil angeführten Authoritäten zum Theil anders, zum Theil läugneten sie die daraus gezogene Folgen, und suchten das Nachtheilige derselben darzuthun, um so mehr, als der Contrakt der Silberhandlung nicht bekannt geworden sey; Liebert ehender ihr Debitor gewesen, als ihre Masse der Silberhandlung Debitrix geworden; das Stadtgericht schon so sententionirt habe; zwischen dem Beklagten, als persona simplici, und der Silberhandlung, als persona composita, keine unitas personarum statt finde; das Rathsdekret von

1682 auch ihm nicht zu statten kommen könne, da dieses eine Nachfolge des Nürnbergischen Dekrets von 1662 sey, nach welchem aber, aus den bei *Beck* zu findenden Motiven, die Compensation nur von Mann zu Mann zu verstehen sey; weswegen sie am Ende hofften, daß Impartiales die Unstatthaftigkeit des jenseits prätendirten Compensationsrechts einsehen würden.

§. 17.

Der beklagte v. Liebert quadruplicirte hierauf, und suchte seine allegata theils zu retten, theils mit neuen zu bestärken, brachte auch 4 Pareres auswärtiger Handelsplätze bei, wovon eines von den Klägern selbst eingeholt, weil es aber ihrer Absichts gemäß nicht ausgefallen, nicht producirt worden war; von welchen Pareres jedoch zwei der Compensation nur pro rata Platz gaben. Am Ende bat er, wie vorhin.

§. 18.

Hierauf wurden die Akten nach Lübek versendet. Nachdem die eingeholten, sowohl juristische, als merkantil Gutachten eingelangt waren; so wurden die Akten in beider Theile Gegenwart den 19ten Jenner 1773 eröfnet, und in Gemäßheit des Urtheils

der Impartialium das Resolutum ertheilt: daß die eingewandte Compensation nicht statt, Beklagter vielmehr den Scontro-Posten an Klägern zu bezahlen, und die Silberhandlung sich ihrer Foderung halber an die Eberzische Masse zu halten habe.

Den 27ten gedachten Monats adpellirte der Liebertische Mandatarius hiervon an den Magistrat, welcher Adpellation deferirt wurde.

§. 19.

In dem darauf übergebenen libello gravaminum führte Adpellant (wie man sich leicht vorstellen kann) als Beschwerden an: daß die Compensation verworfen, und auf sein jus retentionis keine Rücksicht genommen worden sey. Das Compensationsrecht suchte er durch vorhin angeführte Authoritäten, nach denen dasselbe nicht in allen Fällen, und besonders im gegenwärtigen nicht wechselseitig seyn solle, vorzüglich aber durch ein zu Augsburg vor einigen Jahren statuirtes Praejudicium zu bekräftigen. Das Retentionsrecht, glaubte er, müsse auch, wenn die Compensation verworfen würde, und hier um so mehr, als er Direktor der Silberhandlung sey, statt haben. Daher er bat, reformando sententiam a qua, dahin zu spre-

sprechen, daß ihm das Compensations- und Retentionsrecht zustehe.

§. 20.

Als dieser Libell durch ein Dekret v. 22. Apr. 1773 den Adpellaten, unter einem Termin von 14 Tagen, communicirt wurde, so äußerte dabei einer der Consulenten, daß dem Adpellanten doch deswegen die zweite Instanz nicht zu versagen seyn werde, weil zu entscheiden wäre, ob ihm die Compensation wenigstens nicht pro rata zustehe.

In Exceptionibus führten die Adpellaten an, daß sie weder pro toto noch pro rata die Compensation zugestehen könnten; daß die Associés der Silberhandlung ihre eigene Handlungen nicht verpfändet hätten; daß Adpellant nicht allein Director der Societät sey, und ihre fonds nicht in Händen habe; das Rathsdekret von 1682 sage gar nichts davon, daß ein Socius wegen seiner Societät solle compensiren können. Endlich erzählen sie den von dem Adpellanten pro praejudicio angeführten Fall ganz anders; bemerken, daß von dem jure retentionis keine Erwähnung geschehen könne, weil Adpellant sein petitum blos auf die Compensation gerichtet gehabt; und bitten um confirmatoriam, und daß die ihnen zugesprochene deponirte Gelder so

lange bei dem Einnehmeramte verzinslich behalten werden mögten, bis sie unter die Creditores ausgetheilt würden.

§. 21.

In replicis widersprach Adpellant den adpellatischen assertis, bestand auf der Compensation des Ganzen, und daß er auf die Retention sowohl, als die Compensation, seine Petita gerichtet habe; bat demnach, wie in libello.

§. 22.

Duplicando submittirten die Adpellaten, ohne etwas erhebliches Neues anzuführen, und baten um die Transmission der Akten; welchem petito durch ein Dekret vom 13. Nov. 1773 willfahrt wurde.

§. 23.

Die in Gegenwart der Partenen den 19. Nov inrotulirten Akten wurden hierauf nach Erlangen verschikt, und den 22. Jenner 1774 das von da eingelangte Urtheil dahin eröfnet: daß Adpellant seine ratam von dem Capital, welches die Silberhandlung an die Eberzische Masse zu fodern habe, von dem, was er an diese Masse schuldig sey, abzuziehen befugt, den Rest aber an die Masse hinaus zu zahlen, gehalten seyn solle.

§. 24.

§. 24.

Von diesem Urtheil adpellirten beide Theile. Die Eberzischen Curatoren auf der Stelle an das Kammergericht, Liebert aber den 24. gedachten Monats in scriptis an den Reichs-Hofrath, und beiden Adpellationen wurde per Decreta vom 27. Jenner deferirt.

Beide Theile prästirten hierauf den 5ten Febr. die solennia, mittels Einlegung der Caution, Schwörung des Adpellationseides, Erlegung des Goldguldens, und erhielten darüber Atteſtate vom judicio a quo.

§. 25.

Die Eberzischen Curatoren impetrirten eher in Camera Prozesse, als Liebert am R. H. Nach vorhergegangnem Widerspruch ratione praeventionis fori, wollte endlich Liebert seine Adpellation auch principaliter am K. Gte einführen, da ihm das Quadrimestre noch laufe, und zu Wien noch nichts erfolgt sey.

Der Liebertische Anwalt erbot sich hierauf, Namens des Advocati Causae den Adpellationseid zu schwören, und producirte den 13. Jun. 1774 eine vorher extrajudicialiter übergebene, und ad judicium verwiesene, adhaesionem adpellationis. Der

Libell war gleich angefügt, und in diesem formirte er, nach Erzählung der oben bereits vorgekommnen Umstände, die Gravamina, daß seinem Prinzipalen die Compensation versagt, und auf das jus retentionis keine Rüksicht genommen worden sey, und bat, nach angenommener Adpellation reformatorie dahin zu sprechen, daß ihm das Compensations- und Retentionsrecht dergestalt zustehe, daß er mehr als den Ueberschuß an die Eberzische Masse hinauszugeben nicht schuldig sey.

§. 26.

Der gegentheilige Anwalt wollte *hierauf* diese Adhäsion, weil es ein Monstrum processuale sey, von den Akten verworfen haben, und bat, dem Adpellaten aufzugeben, daß er vielmehr excipiendo sich einlasse. Zugleich übergab er eine ulteriorem deductionem gravaminum, worin er behauptete, daß, wenn in genere keine Compensation statt habe, solche auch pro rata nicht eintreten könne; Liebert würde auch bei der Compensation pro rata allein gewinnen, die andern Socii aber, da die Silberhandlung aus der Masse nur weniges zu hoffen hätte, würden verlieren. Am Ende bat er reformatorie dahin zu sprechen: daß keine Compen-

pensatio pro rata Platz habe, sondern Liebert, cum refusione damnorum & expensarum, seine Schuld ad massam zu zahlen gehalten sey.

§. 27.

Indessen hatte Liebert bei dem R. H. um Retradition seiner dort übergebenen Supplikeu gebeten, und dieselbe zurük erhalten. Worauf er dann hier erklärte, daß er, ungeachtet jeder Partey frey stehe, eine Adpellation principaliter zu introduciren, oder der des Gegentheils zu adhäriren, nunmehr, nach dem Vorgange bei dem R. H., sich desto ehender excipiendo einlassen könne, nach Wiederholung der vorhin oft vorgebrachten Gründe aber, seinem vorigen Petito inhärirte, und solches auch auf die Unkosten erstrekte.

§. 28.

In den hiernach ferner gewechselten gewöhnlichen Schriftsätzen werden die schon vorgekommenen beiderseitigen Gründe oft wiederholt, dabei eine Menge Auctoritäten und Gesetze angeführt, und Rechtsausführungen von beiden Seiten geliefert.

Nachdem endlich in causa submittirt, das dringende der Sache vorgestellt, und mehrmal Urtheil gebeten worden; wurde die-

se (wie aus dem erzählten Facto erhellet) auf der Entscheidung einer bloßen Rechtsfrage beruhende Sache dergestalt entschieden, und darin folgendes Urtheil erlassen:

§. 29.

Kammergerichtliche Entscheidung.

Sent. publ. 3. Oct. 1783.

In Sachen Eberzischer Massae Curatorum in actis benannt, Adpellanten eines — wider Ben. Ad. Liebert, Adpellaten und Adhärenten andern Theils: Ist, die von Dr. Gülich und Dr. Hofmann respective unterm 4. Jul. und 27. Nov. 1777, 9. Mart. 26. Aug. 10. und 14. Dec. 1778, 18. Maji 1779, 17. Jan. 1780, und 27. Jan. 1782 extrajudicialiter übergebene supplicas samt Anlagen ad acta zu registriren, verordnet; darauf allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß durch Richtern voriger Instanz übel geurtheilt, wohl davon adpellirt, daher solches Urtheil dahin zu reformiren, daß es bei der Num. 39 actorum primae inst. befindlichen Sentenz sein Verbleiben habe; sofort Adpellat und Adhärent Liebert seine ganze Schuld zu 3743 fl. 43 kr. Curr., ohne einigen Abzug, an die Eberzische Masse zu bezahlen schuldig, auch dazu zu condemniren und verdammen sey. Als wir hier-

hiermit reformiren, schuldig erkennen, condemniren und verdammen, die Gerichtskosten an diesem Kaiserl. Kammergerichte, derentwegen aufgeloffen, aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirend. Dann ist dem Adpellaten und Adhärenten Liebert zu wirklicher Exekution und Vollziehung dieses Urtheils Zeit 3 Monate pro termino & prorogatione v. A. w. angesezt, mit dem Anhange, wo er dem also nicht nachkommen wird, daß er jezt als dann, und dann als jezt in die Strafe 10 Mark löt. Golds, halb dem Kais. Fisco, und zum andern halben Theil den Adpellanten unnachläßsig zu bezahlen, erklärt seyn, und der Realexekution halber auf weiteres Anrufen ergehen solle, was Recht ist.

§. 30.

Die Frage:

„Ob ein Socius einer Handlungsgesellschaft gegen denjenigen, dem er aus seiner eignen Handlung schuldig ist, mit demjenigen, was die Handlungsgesellschaft an diesen seinen Gläubiger zu fodern hat, compensiren könne, oder nicht?“

ist also durch dieses Urtheil negative entschieden, und selbst compensatio pro rata, welche doch allerdings vielen Anschein für sich hat, nicht zugelassen worden.

Die wichtigen Gründe, woraus dieses Urtheil geflossen ist, sind in der gleich folgenden

den Ausführung enthalten, welcher ich verschiedne, in den Akten vorkommende, von den Kaufmannsständen großer Handelsplätze über vorliegenden Fall erstattete Gutachten am Ende beidrucken lasse.

Da die Sache auf das Merkantilwesen eigentlich den hauptsächlichsten Einfluß hat; so scheint der Kaufmannsstand auch darüber ein competenter Richter zu seyn. Zum wenigsten wird man unparteyischen, von Handelsleuten, zumal von ganzen Kaufmannschafts-Collegiis ansehnlicher Handlungsplätze, als Frankfurt, Wien, Leipzig, Lübeck, erstattete Gutachten, wie sie der Ausführung über obiges Kammergerichtliches Urtheil unter *Lit.* A — F am Ende beigelegt sind, ein großes Gewicht nicht absprechen können.

Diese Gutachten sind um so merkwürdiger, als sie zum Theil sehr verschieden ausgefallen sind, indem einige die Compensation weder pro toto, noch pro rata, gestatten, andere aber die gerade entgegengesezte Meinung aufstellen, und dieselbe pro toto zulassen, wogegen wieder andere sie nur pro rata gestatten.

Ich glaube daher durch deren Abdruck keine unnütze, oder uninteressante, Beilagen zu liefern. Sie bestätigen vielmehr die Wichtigkeit der kammergerichtlichen Entscheidung, wel-

welche den in diesen von Sachverständigen erstatteten Gutachten liegenden Widerspruch schlichtet, und ähnlichen in Zukunft sich ergebenden Fällen zur Richtschnur dienen kann.

Ausführung über vorstehende Entscheidung.

§. 31.

Zur Compensationsbefugnis überhaupt wird erfodert, ut mutuum adsit debitum & creditum inter eundem debitorem & creditorem, utrinque verum, ejusdem generis, utrinque liquidum, purum & statim exigibile.

Boehmer in introduct. in jus Dig. Lib. 16, *tit.* 2 per totum.

Da nun ex facto erinnerlich ist, daß die beiderseitigen Foderungen unwidersprochen sind; da ferner die von den Eberzischen Curatoren gemachte Einwendung, daß die Foderung ihres Curanden an Liebert schon vor ausgebrochenem Conkurs existirt habe, die Foderung der Silberhandlung aber erst nachher entstanden sey, dadurch wegfällt, daß das Augsburgische mit der Wechselordnung von 1716, durch das Dekret vom 9. Dez. 1721 bestätigte, Rathsdekret vom 28. Febr. 1682 ausdrüklich erklärt.

„Daß

„Daß hinführo bei fremden Kaufleuten die hiesige Kaufleute, welche wegen künftig ausbrechender Fallimenten, was von Waaren, Geld oder andern Sachen in Händen, hingegen aber an denen oder dieselbe, wegen vorgeschossener Gelder, Verdienst, oder in andere Fälle, so entweder bereits verfallen, oder hernach verfallen mögte, liquidirlichermaaßen etwas ausständig zu prätendiren und zu fodern haben, solche sowohl bei dergleichen ausgebrochnen Fallimenten noch zu gewarten gehabte, und folgends empfangen, als die bereits vorhero in ihren Händen bestandne Gelder und Effetti anders und weiter nicht, als auf vorhergehenden Abzug oder Bezahlung ihrer darauf zu prätendiren habenden liquidirlichen Schulden, herzugeben, und ad communem creditorum massam einzuwerfen, schuldig und gehalten;"

Da nun hierdurch endlich zugleich der Zweifel, ob auch in concursu creditorum die Compensation statt finde, gehoben wird: So bleibt die Untersuchung des einzigen Requisiti, quod nempe idem creditor & debitor adesse debeat, übrig.

§. 32.

Liebert, der exceptionem compensationis den Curatoren der Eberzischen Masse ent-

entgegensezt, gründet seine Intention hauptsächlich darauf:

1) Daß er mit den übrigen Sociis der Silberhandlung sich in solidum verbunden habe, und sie sämtlich zu dem Ende ihr ganzes Vermögen verpfändet hätten. Wie er demnach im Falle eines Verlustes mit seinem Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften müsse; so müsse er auch den Vortheil davon haben, daß er mit den Aktivfoderungen derselben seine Partikularschulden compensiren könne.

2) Daß Correi gegen einen dritten dasjenige compensiren könnten, was dieser einem von ihnen schuldig sey, zu welchem Ende er Stellen aus Schwesers klugem Beamten, und *Struvii* Synt. jur. civ. anführt.

3) Beruft er sich auf *Lauterbach*, der *in Collegio* sage, daß ein Kaufmann, der mehrere Handlungen habe, gegen einen dritten das compensiren könne, was dieser einem von seinen Comtoirs, wiewohl an einem andern Orte, schuldig sey.

4) Will er aus der *Glossa ad l. 9. C. de comp.* darthun, daß es auch Fälle gäbe, wo zu der Compensation eben nicht identitas personae erfodert werde, und daß dieses insonderheit von Sociis gelte.

5) Sucht er aus den *Decisionibus Rotae Genuens.* aus dem Cardinal Tusch, und

aus *Sabellio* darzuthun, daß zwar ein belangter Extraneus nicht gegen eine Societät, oder gegen einen Socium derselben, dasjenige, was ihm im lezten Fall die Societät, im andern ein einzelner Socius, schuldig sey, compensiren könne; daß aber eine belangte Societät, oder ein beklagter Socius derselben, im entgegengesezten Falle dazu berechtigt sey.

6) Beruft er sich auf ein zu Augsburg vorgekommenes Praejudicium.

7) Verlangt er in Gemäßheit des Rathsdekrets von 1682 ein jus retentionis, indem er, als Director der Silberhandlung, deren fonds im Hause habe, und wie er nun die Gelder seines Gegentheils in Händen hätte; so müsse er beide Posten gegen einander compensiren, und auf diese Gelder ein jus retentionis exerciren können.

Diese Säze sind nun als rationes dubitandi hier ganz summarisch vorausgesezt; sie sollen aber in aller ihrer Stärke, der sie fähig sind, erscheinen, und einzeln beleuchtet werden.

§. 33.

Daß Liebert mit seinen Sociis in der Silberhandlung in solidum verbunden gewesen, ist ganz richtig, folgende Stellen aus dem Contrakte dieser Societät lassen darüber gar keinen Zweifel:

„Zur

„Zur reciprocirlichen Gewährung und gänzlichen Sicherstellung der mit einander machenden, sowohl die Silberhandlung, als unsre sonstige partikulair-Handlungen, angehenden Negotien, wie auch für die unter gemeinsamen Obligo aufnehmende Deposita, obwohlen diese zwar beständig in der Silberhandlung liegen bleiben, und nur bei dieser, nicht aber zu partikulair-Negotien, gebraucht werden können; weshalben aber dennoch einer vor den andern in solidum, und mit ausdrüklicher Begebung des beneficii divisionis, dafür zu haften, uns anheischig gemacht haben, und also auch dieserwegen einer für alle, und alle für einen, zu stehen haben; gleichwie auch in Ansehung der Geschäfte, so ein jeder von uns in seiner Partikularität mit unserm Debitcomtoir machen würde, oder könnte, hiermit während der ganzen Zeit dieses Contrakts, und bis zu dessen gänzlicher Endschaft und Erledigung, sich unter und gegen einander gebender Forder-Rechnung- und Gegenrechnungen auf das feierlichste deswegen gegen einander verpfändet, und zur Compensation angewiesen, eingeräumt und übergeben seyn, auch verbleiben, daß jedweder von uns gegen den andern, als sein rechtmäßiges Unterpfand zu halten, sich selbst

selbst damit zu pfänden, bezahlt und schadlos zu machen, bestes Recht und Fug haben solle."

§. 34.

Die Socii haben sich also hier in solidum, und mit Verpfändung ihres sämtlichen Vermögens für alle Verbindlichkeiten der Societät zu haften, anheischig gemacht. Es scheint auch, als wenn sie den zusammengeschossenen fond, zur Sicherstellung ihrer sowohl die Silberhandlung, als ihre partikulaire eigne Handlungen betreffenden Geschäfte unter sich, bestimmt hätten.

Wenn nun gleich regulariter socii in solidum non obligantur, sed tantum pro rata; so muß jedoch die Ausnahme bestehen, wenn sie solches unter einander stipulirt haben.

Lauterbach in Diss. de soc. oblig. §. 35. 36.

Eben dieser Author behauptet *in alleg. Diss.* §. 57 und 58, daß sie in solchem Fall, auch außer dem Fond, der Gesellschaft haften müssen.

§. 35.

Nun sollte man wirklich denken, daß es, da Liebert im Falle eines Verlustes der

der Societät in solidum haften müsse, es um so billiger sey, daß er sich der Foderungen der Societät zur Compensation seiner privat-Schulden bediene dürfe, als die Socii einander auch ihre partikulair-Handlungen garantirt zu haben scheinen.

Allein der vorliegende Societätscontrakt verbindet nur die Socios unter einander, kann aber, als res inter alios gesta, keinem dritten präjudiciren, um so weniger, als dieser Contrakt erst bei Gelegenheit dieses Prozesses bekannt geworden ist; denn in das Raggion-Buch wurde nur zur Wissenschaft der einheimischen und fremden Kaufleute, auf Begehren der drei Häuser, Liebert, Carli, und Höpfe, die firma der Societät, und daß die Geschäfte derselben von diesen Häusern unter gemeinsamem Obligo und Capital geführt werden sollten, eingetragen.

Hier wurde also nichts davon erwähnt, daß sie sich auch ihre Privathandlungen einander gewähren wollten. Selbst aber auch im Contrakte, der sehr dunkel ist, kann man nur den Sinn herausbringen, daß sie sich gegen einander die Gewähr für die Geschäfte leisten, die einer von ihnen proprio nomine mit der Silberhandlung, oder die sie Socii unter einander wegen ihrer privat-Comtoirs machen würden. Höchstens ließ sich dieser

Sinn herausbringen, denn es ist nicht einmal zu glauben, daß es ihre Meinung gewesen, daß sie für die Geschäfte fidejubiren wollten, die jeder von ihnen proprio nomine mit einem dritten machen würde. Hätten sie dies gewollt; so hätte es ausgedrükt werden müssen.

Lauterbach in diss. de soc. obl. §. 37 sagt: „Attamen si de hac mutua fidejussione non constat, ipsi tacite pro se invicem fidejussisse videri nequeunt.“

§. 36.

Wenn nun auch nach dem Contrakte die socii der Silberhandlung wegen ihrer *Obligation* in solidum als Correi debendi vel promittendi anzusehen sind; so folgt doch noch nicht daraus, daß sie auch Correi credendi dergestalt seyn sollten, daß jeder derselben eine Societäts-aktiv-Schuld in solidum sollte einklagen und einziehen können.

„Neque unus Socius sine mandato actionem in solidum intendere potest contra communem debitorem, nisi aliud fuerit actum, ut nimirum duo vel plures rei credendi fiant;“ sagt *Lauterbach in alleg. Diss.* §. 34.

§. 37.

§. 37.

Es scheint zwar, daß die correalis credendi obligatio aus der im Contrakte festgesezten correali debendi obligatione von selbst fließe. Allein es kann doch eines ohne das andere bestehen. Als eine Ausnahme von der Regel hätte es genau bestimmt werden müssen; und besonders hier, wo gegen einen dritten zu dessen Nachtheil ein Gebrauch davon gemacht werden will, muß diese Ausnahme strictissime interpretirt werden. Es steht daher nicht zu glauben, daß Liebert von Eberz die aktiv-Schuld der Societät ganz hätte einklagen können, ohne eine besondere Vollmacht von seinen Consociis zu haben.

§. 38.

Liebert will sich zwar als Direktor der Societät geriren, und behauptet, daß er die fonds derselben in seinem Hause und in seinen Händen habe; diesem zufolge glaubt er, daß er die Foderung der Societät ganz einfodern, und sodann mit seiner Privatschuld compensiren könne.

Allein Liebert ist nicht alleiniger Direktor; nach dem Art. 4 des Contrakts sind die drey unterschriebenen Socii, Liebert, Höpf und Carli, zu Direktoren ernennt, und im folgenden 5ten Art. wird festgesezt, daß ein be-

sonderes Comtoir, nebst dem nöthigen personali, für die Societät errichtet werden solle, und der Art. 8 erwähnt eines Vicedirectoris des Augsburgischen Comtoirs.

Liebert kann also den praepositum societatis nicht verstellen, und wenn gleichwohl das Comtoir in seinem Hause ist, so kann dies nicht anders als zufällig seyn; gewiß aber ist es von seinem eignen Comtoir abgesondert, und steht unmittelbar unter dem Vicedirector. Dieser macht die Geschäfte der Societät, ist als ihr praepositus, als der institor anzusehen, und legt den Directoribus, wie jeder praepositus seiner Societät, Rechnung ab.

Selbst aber auch dann, wann Liebert allein Director wäre, würde er die exceptionem compensationis nicht haben opponiren können, ohne dazu von seinen Consociis bevollmächtigt gewesen zu seyn.

„Procurator enim generalis non potest compensationem opponere, nisi mandato speciali;"

sagt *Cardin. Tusch pract. Concl. T. I. lit. C. Concl.* 490. *num.* 68.

§. 39.

Wenn nun aber aus der besondern Form des Societätscontrakts Liebert für seine Intention

tion keinen Vortheil ziehen kann; so gilt die allgemeine Regel gegen ihn:

„Ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.“

Dies sind die eignen Worte *Leg. 9. C. de compens.* und Lex 18 ff. de compens. sagt:

„Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo, debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.“

Liebert aber nomine proprio, und die Societas creditrix, sind verschiedne Personen. Liebert läugnet gar nicht, daß er mit Eberz proprio nomine contrahirt habe, und daß dabei die Societät auf keine Art interessirt gewesen sey. Er ist also ganz allein Debitor.

Selbst die von ihm sehr oft allegirten *Decisiones Rotae Genuensis* machen einen großen Unterschied unter einem Socio, der nomine proprio contrahirt, und demselben, als Socio betrachtet.

„Alia est persona Nicolai propria, alia est persona ejus repraesentata in societate;“

sagt die *Decisio* 31 *Num.* 11. Decisio 75 Num. 3 äußert das nämliche, und beruft sich auf den Leg. 9 Cod. de comp. und dessen Commentatores.

Ueberhaupt sind darüber alle Autoren einig, daß ein Socius, der proprio nomine contrahirt, die Societät nicht verbinde, ihr auch keine Aktion adquirire, wie dieses *Lauterbach in Diss. de soc. obl.* per tot. anführt, und selbst den Satz aufstellt, daß dies auch dann statt finde,

„si aliquid in rebus & negotiis societatis gessit, licet a reliquis sociis communi negotiationi sive societati *fuerit* praepositus, licet etiam inter socios hoc expresse fuerit conventum, ut, quidquid unus sociorum faceret, illud perinde, ac si ab omnibus esset gestum, socios obligaret omnes. Nam hoc pactum jus quidem facit inter paciscentes, tertio vero, cum quo nec socii nec illorum nomine alii aliquid contraxerunt, ex hujusmodi pacto contra illos socios obligatio & actio quaeri nequit. Unde ut socii ex contractu unius socii obligentur, interpretes communiter, praeter mandatum, etiam creditoris requirunt scientiam

tiam & voluntatem, reliquos quoque socios sibi obligandi."

alleg. l. §. 42. 43. 44.

So wie also die Eberzische Masse aus der an Liebert habenden Foderung keine Aktion gegen dessen Socios haben könnte; so kann ihr auch gegen ihre Klage, von wegen der Societät, mit der sie in hoc casu nichts zu thun hat, keine Exception opponirt werden, wie ihr hier durch die Compensation opponirt werden will.

§. 40.

Gegen den oben in extenso angeführten Leg. 9. C. de comp. will sich Liebert mit der Glossa helfen, und mit derselben beweisen, daß es Fälle gebe, wo einer mit dem, was er nicht zu fodern habe, compensiren könne, und daß sonderlich dieser Fall bei Sociis eintrete.

Die Glossa ad hanc legem sagt: „Sed haec fallunt in procuratore in rem suam, item in fidejussore, qui potest objicere compensationem in eo, quod sibi debetur vel reo principali, similiter socius, quod debetur socio. *Lex* 10 *ff. de duobus reis.*"

Der Lex aber, auf den sich die Glossa hier bezieht, heißt:

„Si duo rei promittendi socii non sint; non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.“

Wenn nun gleich die Glossae so wenig vim legis haben, als jeder andere Autor; so mögte doch die eben angezogene hier von Gewicht seyn, da sie von einem Gesetze unterstüzt wird. Es scheint nämlich der *Lex* 10 *ff. de duobus reis* den Satz fest zu setzen, daß Socii, die correi debendi sind, die Compensation opponiren können. Allein dieser *Lex* 10 *ff. de duobus reis* sezt voraus, daß, so wie zwei rei promittendi oder debendi nicht sollen compensiren können, wenn sie nicht socii sind, auch socii nicht compensiren können, wenn sie nicht correi debendi sind. Wie aber schon bekannt ist, ist Liebert allein Debitor, und die Societät ist nicht correa debendi, die Eberzische Foderung geht sie nichts an, und der Contrakt der Societät enthält keine Fidejussion für die eigne Schulden der einzelnen sociorum an extraneos.

§. 41.

Der Satz übrigens, quod correi debendi compensent, si sint socii, findet

sich

sich auch bei andern Autoren, von denen Liebert zu Unterstützung seiner Meinung Schwesers klugen Beamten, und *Müllerum ad Struvium* anführt. Diese aber, wie überhaupt in der Folge seine übrigen Gewährsmänner, verlässen ihn.

Schweser im klugen Beamten *P.* 4. *tit.* 30. §. 10. *num.* 2 sagt:

„Ein correus debendi kann auch compensiren, was man seinem Cameraden schuldig ist, wenn sie unter einander socii sind. (*l.* 10. *ff. de duobus reis.*) Woraus fließt, daß, wo sie socii omnium bonorum sind, einer des andern credita in Compensation ziehen könne; denn die Convention macht, daß sie für eine Person angesehen werden, und kraft deren jeder seine eigene Schuld zu compensiren geglaubt wird. Gleiches hat auch unter den Eheleuten statt, wie sie, den statutis oder Gewohnheiten nach, socii omnium bonorum sind.“

Das nämliche, nur lateinisch, sagt *Struv in Synt. jur. civ. T.* 1. *exerc.* 21. §. 25. *Num.* 2:

„Correus debendi compensat, quod correo debetur, si simul socii sint, (*l.* 10 *de duob. reis*). Unde deduci potest, quod, si fuerint omnium bonorum

rum socii, alter alterius credita in compensationem deducere possit. Conventio enim facit, ut pro una eademque persona reputentur, & suum quoque debitum quisque vi communionis compensare videatur."

Bei *Müller ad Struv. in not.* 2 *&* 3 *ad alleg. l.* heißt es:

„Correi facultatem habent compensandi id, quod alter credendi correus non agens debitori debet, ubi tamen limitatio additur: modo correi sint socii, adeo ut, quae socii sint, alterius socii esse intelligantur & dicantur, & vice versa; idem in conjugibus obtinet, ubi ex statuto vel moribus socii sint omnium bonorum."

§. 42.

Diese beiden von Liebert selbst angeführten Autoren erfordern demnach, wenn correi sollen compensiren können, eine societatem omnium bonorum. Diese ist aber in gegenwärtigem Falle nicht vorhanden. Denn eine Handlunsgesellschaft, die ihren sociis verstattet, für sich eigne Handlungen zu führen, und die sich selbst auf einen besondern, einzelnen, Handlungsgegenstand einschränkt,

ist

ist so wenig universalis omnium bonorum, als bonorum simpliciter, sondern gewiß nur particularis. Es fällt demnach das ganze aus der Glossa, und den allegirten Autoren aufgestellte Argument hinweg, vielmehr bleibt es richtig, daß Liebert, qua debitor nomine proprio, und qua socius der Silberhandlung sehr verschiedne Personen sind.

§. 43.

Liebert bezieht sich ferner auf eine Stelle bei *Lauterbach in Colleg. Lib.* 16. *tit.* 2. §. 7. wo dieser Autor sagt:

„Sed si unus diversas & separatas exercet negotiationes vel unius negotiationis diversas habet tabernas, quod Titius debet uni negotiationi seu tabernae, illud jure compensatur cum eo, quod eidem debetur ex altera negotiatione seu taberna;"

und glaubt, daß er die Silberhandlung wegen seines daran habenden Antheils als eine aliam tabernam ansehen könne. Allein die Worte unus und quod eidem debetur leiden diese Interpretation nicht, und *Lauterbach* versteht gewiß nur einen Kaufmann, der aber verschiedne Comtoirs hat.

§. 44.

Noch auf eine Stelle *Lauterbachii in Colleg. Lib.* 16. *tit.* 2. §. 9 beruft sich Liebert; sie heißt:

„Alius tamen pro alio non recte compensat, quia non sunt mutui debitores, nisi tertii multum intersit, vel aliquando ob singulare interesse compensatio concessa.“

Wobei sich auf *Brunnemann ad L.* 18. *ff. de comp.*, auf *Mevii Dec.* 217. *p.* 2, und *Strykii us. mod. L.* 16. *tit.* 2. §. 5 bezogen wird.

Von diesen Autoren führt aber nur *Mevius* den Fall der correorum, die socii sind, an; die übrigen hingegen reden von ganz andern, mit gegenwärtigen gar keine Verbindung habenden, Fällen.

Da, wie schon ausgeführt worden ist, Liebert, qua talis und qua Socius, ganz verschiedne Personen sind, die Societät mit der Eberzischen Foderung gar nichts zu schaffen hat; so kann sie, rechtlich genommen, auch bei dieser Conpensation gar kein Interesse haben. Sie meldet sich auch nicht, da sie wohl einsieht, daß sie nicht anders als ganz unschiklicher weise sich melden könnte.

Man sieht aber deutlich, daß sich die Societät hinter Liebert verstekt. Sie muß

mit

mit ihrer Foderung an die Eberzische Masse zum Conkurs wandern, und bekömmt vielleicht nur den 4ten Theil. Würde aber dem von Liebert die Compensation gestattet; so bekäme er die Foderung an die Masse im Grunde, bis auf 200 fl., ganz bezahlt, und mit ihm würde sich die Societät schon abfinden.

Auf diese Art ist freilich die Societät bei der Sache interessirt; desto nachtheiliger wäre es hingegen für die übrigen Eberzischen Creditoren, die beinahe die ganze an Liebert habende Foderung verlieren würden.

Von diesem Fall aber sagt *Leyser spec. 124. medit. 5.*

„Compensationem etiam in concursu creditorum admittunt, & recte quidem Sed cavendum est sedulo, ne ea in fraudem aliorum creditorum fiat. Nihil enim agit creditor, qui causam suam in fraudem concreditorum meliorem reddit. Dicitur autem fraus creditoribus per compensationem fieri, quando jus illis quaesitum per eam callide intervertitur."

Die übrigen Creditores der Eberzischen Masse haben ein jus quaesitum, daß die Foderung der Silberhandlung, die als eine Wechselschuld in die lezte Classe gehört, ihnen

ihnen nachgesezt, die Liebertische Schuld aber ad massam gebracht werde; und um dieses jus quaesitum können sie durch eine unstatthafte Compensation nicht gebracht werden.

§. 45.

Liebert behauptet ferner den sonderbaren Saz: daß ein Extraneus, der von einer Societät, oder von einem Socio, belangt werde, mit demjenigen, was ihm vicissim ein Socius der klagenden Societät, oder die Societät des klagenden Socii, schuldig sey, nicht compensiren dürfe; daß aber eine beklagte Societät, oder ein beklagter Socius, allerdings mit demjenigen gegen einen Extraneum compensiren könnten, was der Extraneus im ersten Falle einem Socio, oder im andern der Societät schuldig sey.

Zum Grund dieses allerdings paradoxen Sazes giebt er an: Wenn ein Extraneus einer klagenden Societät die Compensation mit dem, was ihm ein Socius schuldig wäre, entgegen sezen dürfte: So würde die Societät nicht dadurch bezahlt, sondern nur der Socius debitor gewönne dabei. Wenn aber einem gegen eine Societät klagenden Extraneo von einem Socio die Compensation entgegengesezt würde; so werde der Extraneus dadurch ganz bezahlt. Wenn hingegen ein Ex-

Extraneus von einem Socio belangt würde, und die Compensation mit dem, was er an die Societät zu fodern habe, opponiren wollte: So würde die Societät zu kurz dabei kommen, indem die Foderung der Societät nicht zum fond käme. Compensire aber ein von einem Extraneo belangter Socius mit dem Credito societatis; so werde der Extraneus ganz bezahlt, und die Societät käme dabei auch nicht zu kurz.

Dies ist Lieberts Raisonnement, das so deutlich, wie es nur immer möglich, vorgetragen, doch dunkel bleibt. Im Grunde heißt es so viel: Ein Extraneus kann gegen eine Societät, oder gegen einen Socium, nicht compensiren, denn Societas, und Socius proprio nomine, sind verschiedne Personen, und der Vortheil des Socii qua privati kömmt der Societät nicht zu gut. Wenn aber die Societät, oder ein Socius gegen einen Extraneum compensiren; so werden sie es schon unter einander ausmachen, daß keines von ihnen verkürzt werde. Wenn es also gegen einen tertium geht, dann wollen Societas und Socii singuli schon mit einander einig werden, aber nicht, wenn es gegen sie geht.

Was sie in einem Falle thun können, müssen sie auch in dem andern thun; wo blieben sonst die jura reciproca? Aus dem ganzen

Liebertischen Raisonnement läßt sich aber das Geständnis selbst herleiten, daß societas, & socius proprio nomine agens vel contrahens, ganz verschiedne Personen sind, die eine für die andere keine Compensation exerciren können.

Aus dem Grunde kann man dem von Liebert gerne zugeben, daß ein Extraneus gegen eine Societät, oder gegen einen Socium, mit demjenigen, was ihm vicissim ein Socius, oder die Societät schuldig ist, nicht compensiren könne. Allein aus eben dem Grunde kann auch eine Societät, oder ein Socius gegen einen Extraneum, mit dem, was dieser der Societät, oder einem Socio, schuldig ist, nicht compensiren.

§. 46.

Seinen paradoxen Satz will nun Liebert mit Autoritäten beweisen. Er beruft sich auf die *Dec. Rotae Genuensis* 28, wo so entschieden worden seyn soll. Der Fall war kürzlich folgender: Maria de Auria klagte auf eine Schuld gegen die in einer Societät stehende, Nicolaum de Auria, Stephanum Picellum, Ambrosium Lommellinum, und Hieronimum Lommellinum. Hieronimus Lommellinus stellte eine Reconvention an, indem er einen sichern Ravaschieri, der für die

Klägerin Maria de Auria bei einer gewissen Joanna della Bella gut gesagt, und sich von dieser ihre jura hatte cediren lassen, bezahlt und dafür jura cessa erhalten hätte. Hieronimus Lommellinuus trat als Socius der beklagten Societät auf der einen — und als Cessionarius des Ravaschieri auf der andern Seite auf, verlangte zu compensiren, und behauptete, daß sein Antheil in der Societät weit mehr betrage, als das was die Klägerin fodere.

„Hinc dicebatur (heißt es *Num.* 5 *alleg. dec.*) ex parte Hieronimi, locum esse debere compensationi petitae, quia licet alienum debitum non deducatur in compensationem, etiam si creditor consentiat, tamen illud esse verum, nisi id fiat per viam cessionis jurium, ut in casu isto. (per *l.* 9. C. *de comp.* & Commentatores “)

Von Seiten der Klägerin wurde eingewandt:

„Locum esse non debere compensationi petitae, quia sicuti quod debetur societati, non compensatur cum uno ex sociis, quando corpus societatis agit, non unus ex sociis tanquam singularis persona, ita quod debetur a societate non compensatur cum uno ex sociis, quando contra corpus so-

cietatis agitur, non contra unum ex sociis tanquam singularem personam."

Hieronimus Lommellinus replicirte:

„Diversam esse rationem inter unum & alterum casum, quia in primo casu non esset consultum per compensationem corpori societatis agentis, cum ad utilitatem unius ex sociis singularis tantum compensatio cederet, in altero autem, qui est casus substratus, per compensationem consultum esset Mariae agenti, ad cujus utilitatem cederet compensatio opposita per corpus societatis, quamvis respectu unius participis tantum fuerit opposita, quia per ipsam compensationem Maria in totum soluta remaneret; nihil enim interesse, an quis solvat, vel compenset."

Nun machte die Klägerin Einwendungen gegen die Cessionen, auf welche Hieronimus seine Reconvention gegründet hatte. Nachdem hierüber weitläuftig gehandelt worden war; so heißt es *in num.* 17. *alleg. Dec:*

„Istis ergo praesertim adducti rationibus & causis absolvimus Mariam a petitis per Hieronimum;"

wobei

wobei ihm der Beweis wegen Richtigkeit der Cessionen vorbehalten wurde. Die Decisio führt sodann aus, daß sie zu der Reservation befugt gewesen, und sagt:

„Sic etenim & Maria creditum suum consequitur, & Hieronimus, si reservata legitime docuerit, damno non afficietur."

§. 47.

Dies ist nun der ganze Inhalt der von Liebert allegirten Decision. Aus dem Zusammenhange sieht man aber, daß jener Fall von vorliegendem sehr verschieden ist. Dort wurde eine Societät belangt, und einer der Sociorum wollte mittels einer Foderung, die er an die Klägerin hatte, compensiren; er that es aber nicht per modum exceptionis, sondern reconventionis. Ueberdies aber hat die *Rota Genuensis* gar nicht die Frage: Ob in dem Falle eine Compensation statt habe? entschieden. Sie hat die Klägerin und Wiederbeklagte in reconventione absolvirt, zwar nicht bestimmt aus dem Grunde, weil keine Compensation statt hätte, sondern weil sie die Foderung des Wiederklägers nicht liquid fand. Jedoch hat sie sich auch nicht geäußert, was sie gethan haben würde, wenn sie die Foderung des Hieronimi liquid ge-

glaubt hätte; ob sie der Compensation statt gegeben, oder die Societät zur Bezahlung der Klägerin, diese aber zur Befriedigung des Hieronimi, condemnirt haben würde. So: viel ist wenigstens gewiß, daß diese ganze Decision, auf die sich Liebert so viel zu gut thut, gar nichts für ihn beweist.

§. 48.

Ganz gegen ihn aber ist die *Decisio Rotae Gen.* 26, welche die auf vorliegenden Fall anwendbaren Principia in terminis enthält. Die Erben eines sichern Dominici Lercarii klagten gegen die Brüder Petrum und Christophorum Calvi, und verlangten, da Petrus Calvi verschiedne activa ihres Erb: lassers eingetrieben, pro concurrente summa mit demjenigen zu compensiren, was die beiden Calvi an ihren Erblasser foderten, und sie in die Bezahlung des Ueberrestes zu condemniren Die *Rota* condemnirte den Petrum, sagt aber *Num.* 29. *alleg Decisionis*:

„Absolvimus autem a petitis dictum Christophorum, quia frater ex facto fratris non obligatur, etiam quod sint socii, dummodo non appareat, versum in societatem, vel sociali nomine fuisse factum & gestum, nisi sint socii omnium & universorum bonorum;

rum; — & hac de causa non admisimus compensationem petitam, quia debitum ipsius Dominici est debitum sociale & commune, creditum autem suum est particulare, quia a dicto Petro solo debetur, quo casu non admittitur compensatio; est enim diversum nomen Petri solius, & Petri & Christophori, & de debito particulari non fit compensatio cum debito sociali."

und bezieht sich auf den *Legem* 9. *C. de comp.*

Es wollte demnach dorten ein Extraneus mit dem, was er einer Societät schuldig war, compensiren; in so fern ist also jener Fall mit dem vorliegenden verschieden. Allein die Grundsätze, warum die *Róta* der Compensation nicht statt gab, ob diversitatem nempe Socii qua propriae & particularis personae, & societatis, passen eben so gut auch hierher.

Wenn ex his principiis in jure fundatis, die sich in einem wie in dem andern Fall auf das Verhältnis zwischen der Societät, und einem Socio, qua privato, gründen, die Compensation nicht statt findet: So braucht ein Extraneus derselben auch gegen sich nicht Platz zu geben, wenn etwa eine Societät in einem besondern Fall, aus einer

kaufmännischen Spekulation, es ihrem Interesse gemäß hält, das gegen einen dritten, hinter einem ihrer Sociorum verstekt auszuüben, was sie diesem dritten gegen sich nicht gestatten würde.

§. 49.

Den nemlichen Saz: daß gegen eine Societät, oder gegen einen Socium, von einem Extraneo die Compensation nicht opponirt werden könne, soll *Card. Tusch pract. concl. T. 1 Lit. C. Concl.* 490 enthalten. Die Stelle, die Liebert anführt, ist *l. c. num 73* folgende:

„Si debeo alicui societati, & in alia manu sum creditor in tantundem alicujus ex sociis dictae societatis, & volo compensare, non compellitur societas compensare, quia licet quis sit cessans nomine proprio, non tamen dicitur cessans nomine societatis, quod intellige, quando ille socius tenetur nomine particulari, quia aliud est credere societati, aliud vero socio nomine particulari.“

Allein dieser Autor behauptet weiter nichts, als was ganz richtig ist, gar aber nicht, daß nun dennoch ein Socius gegen einen dritten solle compensiren können; sondern die von ihm angeführten Gründe stehen vielmehr diesem ent-

entgegen, und reduciren sich immer auf die Verschiedenheit des Socii, qua particularis personae, von der Societät.

Der nämliche Autor sagt vielmehr in der nämlichen *Conclusione*, *num* 46:

„Quod debetur ex una statione, non compensatur ex alia;“

und an einem andern Ort Vol. 7. Lit. S. Concl. 279 num. 34.

„Differt autem societas & corpus societatis a persona & sic a proprio patrimonio sociorum. Hinc etiam solet dici, quod alius est Petrus in proprietate, alius idem Petrus & socii; & de uno ad aliud non potest fieri compensatio, & ratio videtur, quia compensatio dicitur debiti & crediti contributio, & hac de causa non fit compensatio, quia non eadem persona societas & privatus, licet sit unus ex sociis, & aliud est, quod quis contrahat ut socius, vel ut persona particularis suo nomine.“

Grundsätze, die der Intention des Lieberts e diametro entgegen sind.

§. 50.

Eben so wenig Vortheilhaftes, als in den bisher angeführten Autoritäten, kann man für den von Liebert in dem finden, was er

aus *Sabellii summa divers. tractatuum Tom.* 1. *verbo Comp.* §. 27. *Num.* 1. anführt, daß vielmehr Beweise gegen ihn darin liegen. Es heißt alleg. l.:

„Compensatio est debiti & crediti hinc inde confusio, praesupponit tamen debitum & creditum hinc inde provenieus ex personis ipsorummet creditoris & debitoris, & non aliorum; & ideo non habet locum contra eum vel pro eo, qui repraesentat duas personas, videlicet qui esset creditor nomine proprio, & debitor nomine hereditario, vel creditor ex persona, & debitor nomine societatis, vel e contra, & in similibus plures personas repraesentantibus.“

Es ist unbegreiflich, wie Liebert in dieser Stelle etwas für seine Meinung finden kann, und die Gegentheile haben Recht, indem sie hierwegen sagen, daß der Schluß: weil Compensatio contra eum vel pro eo, qui duas personas repraesentat, nicht statt habe, so folge daß sie derjenige opponiren könne, qui duplicem repraesentat personam, a baculo ad angulum sey.

Nichts kann deutlicher seyn, als die Worte: *vel creditor ex persona & debitor nomine societatis, vel e contra*, und sie leiden

durch:

durchaus keinen andern Sinn, als daß so wenig ein Extraneus gegen einen Socium, als dieser gegen jenen, mit einem debito sociali compensiren könne.

§. 51.

Auch in der anden Stelle des angeführten *Sabellii T. 2. verbo Societas*, §. 20. *num.* 41:

„Finitur Societas per decoctionem cum cessione bonorum unius ex sociis, cujus tamen socii non tenentur concurrere cum aliis creditoribus decocti; sed fit divisio, unus quisque accipit suam partem, & pars contingens decocto spectat ad illius creditores, ita ut in illa possit dari compensatio;“

kann man nichts für die Intention des von Lieberts finden, vielmehr folgt daraus, daß kein Socius ehender über seinen Antheil in der Societät, um zu seinen partikular-Geschäften Gebrauch davon zu machen, disponiren könne, als nach geendigter Societät, daß eben deswegen durch den Concurs eines Socii die Societät aufgehoben werde, weil alsdann der Antheil des decocti seinen Creditoribus abgegeben werden müsse; und deutlich sagt der Autor, daß auch alsdann erst eine Compensation statt haben könne.

Eine

Eine andere Stelle dieses Autors, auf welche sich Liebert auch bezieht, macht dieses noch deutlicher; es heißt daselbst:

„Compensatio non procedit de credito unius negotiationis ad debitum alterius negotiationis, ne confundantur rationes, & quia debita & credita unius corporis differunt a creditis & debitis alterius corporis; admitteretur tamen hoc modo, videlicet finitis negotiis & societate per decoctionem unius, assignata cuilibet ex sociis sua portione, & solutis debitis socialibus, in eo quod superesset socio decocto.“ (*Sabellii summa div. tract. T. 1. verbo comp.* §. 27. *Num.* 23.)

Also wegen der Verschiedenheit des einen Corporis von dem andern, in vorliegendem Fall, der Societät und der Liebertischen Privathandlung, damit es keine Verwirrung in den Rechnungen gebe, kann keine Compensation statt finden, es wäre dann finita per decoctionem unius ex sociis societate.

§. 52.

Ferner führt Liebert aus einem sehr unbekannten Autor, nämlich *Franc. Ign. Woller de compens. C.* 2. *num.* 103 und 104 folgende Stelle an:

So-

„Socius omnium bonorum recte extraneo in compensationem deducit, quodcunque suo socio debetur, vel si socius particularis sit, saltem quod respectu societatis debetur, vicissim eodem modo compensationem ab extraneo passurus."

Die Eberzischen Curatoren wollen auf diesen unbedeutenden Autor nicht geachtet wissen, meinen auch, daß er bei einer Societate particulari nur eine Compensation pro rata zugebe; wogegen aber Liebert äußerst protestirt, und behauptet, daß es von einem ganzen debito sociali verstanden werden müsse, weil sonst die übrigen Socii von dieser rata participirten, der Socius also solche nicht ganz bekommen würde.

Immer bleibt dies nur ein einzelner Autor, der gegen so viele bewährte andere, und gegen alle rechtliche Analogie, nichts beweist. Dabei noch ist es auch glaublicher, daß er nur die Compensationem pro rata im Sinne habe, die immer doch noch etwas mehr Schein hat, als die pro toto.

Wenn indessen Liebert glaubt, daß dadurch Irrung unter den Sociis und in den Rechnungen entstehen würde, so hat er allerdings Recht. Dies würde aber auch bei der Compensatione pro toto geschehen; und

dies ist, wie auch oben aus *Sabellio* angeführt worden, mit ein Grund, warum die Compensation nicht statt haben könne.

Uebrigens ist hier nur noch anzumerken, daß dieser von Liebert selbst allegirte Autor ex jure reciproco dem Extraneo ebenfalls gegen den Socium die Compensation gestatte, mithin demjenigen widerspricht, was vorher Liebert so eifrig, als sonderbarer weise, aus dem Munde eines Genuesischen Advokaten, den wir oben in der ausgehobenen *Decis. Rotae Gen.* 28. gehört haben, behauptet hat.

§. 53.

Endlich führt Liebert ein Praejudicium an, nach welchem in einem andern Fall zu Augsburg nach seiner Intention gesprochen worden seyn soll. Er behauptet nämlich: In dem 1760 erfolgten Langischen Konkurs habe *Carli* & comp. 1000 fl. zu fodern gehabt, *Ign. Carli* aber, ein Socius der Carlischen Compagnie, sey 88 fl. an die Langische Masse schuldig gewesen; die Langischen Curatores hätten verlangt, daß *Ign. Carli* zahlen, und die Compagnie in den Konkurs wandern solle, *Carli* aber habe zu compensiren begehrt; worauf auch das Stadtgericht die 88 fl. an der Aktivsoderung der Carlischen Compag-

pagnie abgeschrieben, und den Rest ad statum liquidi genommen habe.

Die Eberzischen Curatoren behaupten hingegen daß bei dem Langischen Conkurs des *Ign. Carli* so wenig, als einer prätendirten Compensation, einige Erwähnung geschehen sey. Auf dem Wechsel à 1000 fl., den *Carli* & comp. bei der Liquidation producirt hätten, wäre notirt gewesen, daß Lange 146 fl. 41 kr. daran gut habe, worauf, da dies von Niemanden widersprochen worden; das Stadtgericht für *Carli* & comp. nur 853 fl. 19 kr. in die Liquidation genommen habe. Dies bescheinigen sie durch den beigebrachten Langischen statum passivum, den Carlischen Wechsel zu 1000 fl., mit der Note, daß Lange 146 fl. 41 kr. daran zu heben habe, und das Prioritätsurtheil in jener Sache.

Ungeachtet nun nachher noch viel über diesen Punkt gestritten worden ist; so scheint an sich schon das Angeben der Eberzischen Curatoren deswegen der Wahrheit gemäß zu seyn, weil nach Compensation und Abzug der 88 fl., welche *Ign. Carli* zu fodern gehabt haben solle, noch 912 fl. in die Liquidation hätten kommen müssen, und nicht 853 fl. 19 kr., welches leztere aber wirklich der Rest ist, der übrig

bleibt,

bleibt, wenn man 146 fl. 41 kr. von 1000 fl. abzieht.

Allein das in der Folge hierwegen beigebrachte Attestat des Reichsstadtvogts zu Augsburg sezt die Sache außer allem Zweifel. Hierin wird bezeugt, daß in dem Langischen Konkurs *Ign. Carli* weder als Creditor noch als Debitor erschienen; daß von einer von diesem prätendirten Compensation eines Debiti proprii cum Credito sociali ex actis nicht constire; daß aber *Carli* & comp. Kraft eines Wechselbriefs 1000 gefodert, zugleich aber angezeigt habe, daß 146 fl. 41 kr. dem Lange daran zu gut kämen; daß also das Stadtgericht aus der Ursache, weil von *Carli* statt 1000 fl. nur eine Foderung zu 853 fl. 19 kr. gemacht worden sey, auch nur 853 fl. 19 kr. in die Liquidation gebracht habe.

Gegen dieses Attestat kann zwar Liebert nichts sagen; er meint aber in einem schriftlichen Rezesse, er werde demungeachtet zu beweisen im Stand seyn, daß nicht *Lange* sondern *Ign. Carli* wegen seiner eignen Handlung die 146 fl. 41 kr. abgezogen habe; auch ohne dieses Praejudicium sey seine Intention hinlänglich fundirt. Den versprochenen Beweis aber hat Liebert nicht beigebracht, und würde ihn auch wohl gewiß nicht gegen das obrigkeitliche Attestat beizubringen im Stand seyn.

seyn. Dieses Attestat beweist vielmehr vollkommen die Richtigkeit des angegebnen Praejudicii; und das daraus genommene Argument fällt demnach gänzlich zusammen.

§. 54.

Die Gründe der Eberzischen Curatoren sind nun jedesmal in den Antworten auf die Liebertischen Argumente vorgekommen. Es steht ihnen aber noch ferner ein sehr bewährter und gründlicher Autor zur Seite, *Voetius in Commentario ad ff. L. 16. tit. 2. num. 7. verbis*:

„Porro debitor judicio conventus regulariter id saltem compensat, quod sibi vicissim ab actore est debitum, non autem quod actor tertio debet, etiamsi tertius ille in compensationem talem consentiat, (*L.* 9. *&* *L.* 18. *ff. de compens.*) nisi insuper reo convento suam cessisset actionem, eundemque in rem suam procuratorem constituisset. Hinc si duo rei promittendi sunt, uni convento non proderit ad compensationem, quod stipulator alteri debendi reo vicissim debeat; & si ex duobus stipulandi reis unus agat, non recte ei objicitur compensatio de eo, quod alter credendi reus promissori

ſori devinctus eſt. *l.* 10. *ff. de duobus reis.*)"

Auf dieſe Stelle bezieht ſich der angeführte Autor *Lib.* 45. *tit.* 2. *num.* 5 *in fine*, und führt in einer andern *Lib.* 16. *tit.* 2. *num.* 16 an:

„Debitum unius tabernae cum alterius tabernae ſeu ſtationis credito compenſari, negant Statuta Antverpienſia."

Welche Stellen dieſes großen Rechtsgelehrten dann die vorhin geäußerten Grundſätze beſtätigen.

§. 55.

Da nun nach dem bisher Ausgeführten ein Socius einer Handlungsgeſellſchaft qua talis, und in ſo ferne er eine eigne, von der Societät abgeſonderte, Handlung führt, als ganz verſchiedne Perſonen anzuſehen ſind; da in Anſehung des debiti proprii hier zwiſchen Liebert und der Societät keine Correalitas debendi vorhanden iſt; die im Societätscontrakt feſtgeſezte Correalitas debendi auf Geſchäfte der einzelnen Sociorum in ihren Partikularhandlungen ſich nicht erſtrekt; die Correalitas credendi im Contrakt nicht ausdrüklich feſtgeſezt iſt, und wenn ſie es auch wäre, hier, wo keine Societas omnium bonorum vorhanden iſt, dennoch keine Compenſa-

tion begründen würde; und endlich, da überhaupt der ganze Societätscontrakt in praejudicium tertii, praesertim creditorum, wie in hoc casu, nicht gereichen könnte; So muß hier um so mehr die gesezliche Regel: Ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest, Plaz greifen.

§. 56.

Es entsteht aber nun noch die Frage: Ob Liebert nicht seinen Antheil an der Foderung, die von der Societät an die Eberzische Masse gemacht wird, gegen die von dieser Masse an ihn gemachte Foderung compensiren könne? Wenn gleich Liebert hierauf sich gar nicht eingelassen, sondern vielmehr immer auf der Compensation des Ganzen bestanden, auch von dem Urtheil zweiter Instanz deswegen mit adpellirt hat, weil ihm darin die Compensation pro toto ab — pro rata aber zugesprochen worden ist: So muß doch eben deswegen diese Frage hier insonderheit erörtert werden.

Bei dem ersten Anblik, wenn man bedenkt, daß Liebert doch einen Antheil an jener Foderung der Societät an die Eberzische Masse habe, scheint es billig, daß er doch wenigstens in Ansehung dessen sich der Compensation bedienen könne. Allein

1) ist die Verordnung des *Legis* 7. §. 1. *ff. quod cujusque univ. nom.*

„Siquid universitati debetur, singulis non debetur, nec, quo debet universitas, singuli debent.“

hier anwendbar. Liebert kann nicht von der geringsten Summe, die in der Societät ist, oder die sie zu fodern hat, sagen, daß sie ihm zugehöre, oder daß er sie zu fodern habe. Allen Sociis steht gleiches Recht auf minimam particulam rerum societatis zu, und es hat vor wirklich geschehener Theilung kein Antheil statt.

Lauterbach in Colleg. Lib. 3. *tit.* 4. §. 4 sagt: „Res, quae sunt in societate, pertinent ad singulos pro parte indivisa;“ und *Linker de individuitate Cap.* 4. *Sect.* 5. *aph.* 2. *Num.* 11. 12. sagt:

„Stante hac societate, sive concernat unam rem, sive universa bona, unus ex sociis solus possidens tenet & possidet bona etiam nomine alterius tanquam ex Clausula constituti. Unde licet re communi & pro indiviso possessa solus utatur, per id tamen non praejudicat alteri, qui & portionem in qualibet parte etiam minima & in quolibet cespite habet. Exercitium vero cujusdam juris, ut ut individui, ab

ab uno sine alteris fieri non potest, quoties agitur de praejudicio sociorum.“

Dies war auch

2) der Grund mit, warum der oben allegirte *Sabellius* die Compensation nur nach aufgehobner Societät und nach geschehener Theilung gestattete.

3) Verordnet selbst der Contrakt der Silberhandlung, der für die Socios immer gesezt ist, daß der Fond während der Dauer der Societät unverrükt beisammen bleiben, nicht aber zu partikular-Negotien gebraucht werden solle; und erst nach dem Ende jedes Jahrs wird der Ertrag einem jeden gut geschrieben, womit er sodann nach eignem Gefallen schalten und walten können solle. Ehe also, als dieses Gutschreiben noch nicht geschehen, kann kein Socius über seinen Gewinstantheil disponiren; eine noch nicht eingetriebene Foderung, wie die der Societät an die E b e r z i s c h e Masse ist, kann nicht gutgeschrieben werden, sondern sie muß vorher von der Societät eingetrieben worden seyn.

4) Würde eine solche Compensation pro rata den übrigen Sociis nachtheilig, und nur dem compensirenden Socio vortheilhaft seyn. In gegenwärtigem Falle bekömmt die Societät ihre Foderung, die als eine Wechselschuld sehr

weit zurükstehet, gewiß bei weitem nicht ganz aus dem Conkurs. Dürfte nun Liebert compensiren, so bekäme er seine ratam ganz ohne allen Verlust, indessen daß seine Consocii ein ansehnliches an den ihrigen verlören. Sonderbar muß es demnach scheinen, daß Liebert in omnem eventum nicht die compensationem pro rata utiliter angenommen hat, wenn es sich nicht eben hieraus ergäbe, daß die Societät, die aber nicht an das Licht treten mag, hinter dem Handel stecke, und durch die compensationem totius, zum Nachtheil der übrigen Eberzischen Creditorum, und zum Nachtheil des Handlungsstandes überhaupt, zu gewinnen trachte. Denn in der That ist die Besorgnis der Eberzischen Curatoren nicht ungegründet, daß, wenn Liebert, oder vielmehr die Societät, ihre Absicht erreichen sollte, Auswärtige sich scheuen dürften, mit den Handelsleuten zu Augsburg Geschäfte zu machen, weil sie bei jedem Conkurs eine solche Compensation befürchten müsten, oder doch, zum Nachtheil der übrigen einzelnen Handlungshäuser, sich nur mit Societäten, die nach Liebertischen Grundsäzen in jedem Conkurs das jus compensandi entweder durch sich, oder hinter einem ihrer Sociorum verstekt, ohne den andern Handelsleuten das reciprocum zu gestat-

gestatten, auszuüben gedächten, einlassen würden. Aus diesen Gründen nun ist dem von Liebert die Compensation pro rata so wenig, als pro toto, zu gestatten.

§. 57.

Endlich besteht Liebert noch auf dem jure retentionis, behauptet, daß auch dann, wenn auch ihm das jus compensandi nicht zustehe, er doch des juris retinendi, als noch favorabilioris in jure, und in Gemäßheit des Rathsdekrets von 1683, da er Direktor der Silberhandlung sey, und deren Fonds in Händen habe, sich müsse bedienen können, und gravaminirt darüber, daß dies in den beiden vorigen Instanzien übergangen worden sey. Die Eberzischen Curatoren wenden dagegen ein, daß Liebert nicht darauf gebeten habe, daß das jus retinendi auch hier eben so wenig, als die Compensation, statt haben könne.

Gebeten hat Liebert allerdings auf die Retention, und eben so gewiß ist es, daß die beiden vorigen Urtheile davon nichts erwähnt haben. Es ist auch richtig, daß, wenn gleich retentio species compensationis ist, sie doch von dieser hauptsächlich darin verschieden sey, daß die Compensation das Debitum extinguire, die Retention aber nicht, sondern

nur die Exekution aufhalte, und daß die Retention in manchen Fällen statt habe, wo von einer Compensation die Rede nicht seyn kann.

Card. Tusch pract. conclus. Vol. 1. *Concl* 487. *Lit. C.*

Müller ad Struvium Exerc. 21. §. 19. 30 & 31.

Lauterbach in Colleg. Lib. 16. *tit.* 2. §. 28.

Es ist auch endlich ganz richtig, daß das Augsburgische Rathsdekret von 1687 die Retention auch bei Fallimenten gestatte, wenn der Beklagte zur Masse gehörige Effetti in Händen hat. Allein bei allem Unterschied der Compensation und Retention, erfodert diese doch so gut, als jene, daß derjenige, der retiniren will, auch an den, von dem er Effetti in Händen hat, etwas zu fodern habe. Dies ergiebt sich aus der Natur der Sache. Nun aber hat Liebert proprio nomine an die Eberzische Masse, deren Geld er in Händen hat, nichts zu fodern, und qua Socius der Silberhandlung hat er, angeführter maaßen, keine Befugnis, die Eberzische Schuld für sich einzufodern: Es fällt demnach alles jus retentionis von selbst weg.

Die

Die in vorstehender Ausführung §. 30 erwähnte Beilagen von Lit. A - F.

Lit. A.

Parere von der Kaufmannschaft in Frankfurt am Main.

Drei Kaufleute A. B. und C. errichten eine Societät unter dem Prädicat: Privilegirte Fruchthandlung; und sie erklären zugleich in dem öffentlichen Raggion-Buch ihres Platzes, daß sie ihren Obligo und Garantie für alle und jede Negotia in solidum geben, welche die Fruchthandlung machen würde. Es ist hierbei zu bemerken, daß jeder der drei Sociorum dabei seine eigne, unter seinem Privatnamen laufende, Handlung hat, und daß weder diese drei Handlungen zusammen, noch eine derselben besonders, mit der privilegirten Fruchthandlung etwas Gemeines haben, so daß diese Societät einzig und

allein den Fruchthandel, und was dahin ein=schlägt, zum Gegenstand hat.

Die privilegirte Fruchthandlung kauft von einem dritten D. Wechselbriefe nach Hamburg, und in der Zwischenzeit, als diese zu laufen haben, fallirt D., bald darauf hört auch E in Hamburg als Trassatus zu bezahlen auf; weswegen die Wechsel an die privilegirte Frucht=handlung ohne Bezahlung zurückkommen.

Zu der Zeit als D. sich non solvendo erklärt, ist der Socius A. in seiner Privat=handlung dem D. etwas mehr schuldig, als die Hamburger Wechsel, so die privilegirte Fruchthandlung von D. gekauft hat, betra=gen; und weil diese unbezahlt geblieben sind, so weigert sich A. dem D. dasjenige, was er ihm schuldig ist, zu bezahlen, sondern will soviel, als die Hamburger Briefe betragen, ex jure retentionis & compensationis, an die privilegirte Fruchthandlung, und nur den Ueberrest an D. hinausbezahlen.

Es ist also die Frage:

Ob A. als Socius der privilegirten Frucht=handlung berechtigt sey, durch dasjenige, was er in seiner Privathandlung dem D. schuldig ist, seine Societät, nämlich die privilegirte Fruchthandlung, für ihre Fo=derung an D. für voll bezahlt zu ma=chen?

Hierüber wird eine löbliche Kaufmannschaft zu Frankfurt am Mayn um ihr Gutachten geziemend gebeten.

Gutachten.

Nach vorliegender facti specie und Frage, wäre man der Meinung, daß A. nicht berechtigt sey, wegen des Debiti, in welchem D. gegen die Fruchthandlung steht, seine Privatschuld an D. abzurechnen, und dadurch die besagte Fruchthandlu g bezahlt zu machen, und zwar haupsächlich aus diesen Gründen: weil

1) die Schuld des A. gegen D. nicht den mindesten Zusammenhang mit der Foderung der Fruchthandlung an D. hat.

2) Weil bereits D. in einen Conkurs verfallen, und dieser macht, daß kein Creditor desselben sich propria autoritate, ohne das Locationsurtheil abzuwarten, zum voraus bezahlt machen kann, welches doch auf jene Art geschehen würde; und weil endlich

3) die Compensation, in so ferne sie, wie in diesem Fall, offenbar zum Nachtheil der sämtlichen übrigen Creditorum des D. gereichen würde, bei ausgebrochener Insolvenz des D. gar nicht mehr statt findet.

In concursu enim compensatio, qua-

quatenus in fraudem aliorum Creditorum tendit, locum non habet.

Leyser spec. 174. *med.* 5.
Mevius part. 7. *Dec.* 127.

Bei diesen Umständen wäre daher A. verbunden, seine ganze Schuld an D. für voll zu dessen Conkursmasse zu bezahlen, die Fruchthandlung aber sich in den Conkurs einzulassen, ihre Foderung daselbst zu liquidiren, und ihre Befriedigung durch das Lokationsurtheil zu erwarten.

Frankfurt am Mayn den
29. Febr. 1772.

S. M. I.
Benj. Metzler seel. Sohn u. Cons.

Mit vorstehender Meinung der Herren Benjamin Metzler seel. Sohn und Cons. sind wir verstanden.

Joh. Goll und Söhne.
Hindermann & Fellner.
Ant. Mar. Guaita.
Diefenbach & Diehl.
Heinr. Wilh. Schmidt.
Gebrüder Andreae.
Joh. Fried. Schmidt.
Gebrüder Olenschlager.
J. N. Olenschlager und Comp.
Joh. Fried. Müller.
Gebrüder Bettmann.

Friedr.

Friedr. Gontard & Söhne.
Gebrüder Bolongaro.
Schoenemann & Heyder.
David Jac. de Neufville.
Joh. Carl. Brevillier.

Wir stimmen vollkommen mit vorstehenden ein.

Silv. Allsina und Sohn allda.

Mit einverstanden.

J. G. Leerse und Sohn.
Joh. Noe und Joh. Pet. Gogel.

Lit. B.

Parere von der Kaufmannschaft in Wien.

L. C. und H. in Augsburg stabiliren gemeinschaftlich in Augsburg eine Societät, unter dem Prädikat: Kais. Königl. privilegirte ausländische Silberhandlung. Sie erklären zugleich in dem Raggion-Buch, daß sie drei ihren Obligo und Garantie für alle und jede negotia geben, welche die Silberhandlung machen würde.

Die Silberhandlung kauft von E. Wechselbriefe nach Hamburg, und währender Zeit, daß diese zu laufen haben, fallirt E., bald dar-

darauf fallirt auch W. in Hamburg, auf den die von E. gezogenen Wechsel lauten, so daß die Wechsel ohne Zahlung an die Silberhandlung zurükkamen.

In der Zeit als E. sich insolvendo erklärte, ist L. in seiner Privathandlung dem E. etwas mehr schuldig, als die Hamburger Wechsel, so die Silberhandlung von E gekauft hat, betragen; und weil diese nicht richtig worden, so weigert sich L. dem E. dasjenige, was er ihm schuldig ist, zu bezahlen, sondern will so viel, als die Hamburger Briefe betragen, ex jure retentionis & compensationis an die Silberhandlung, und nur den Ueberrest an E. bezahlen. Es ist also die Frage:

> Ob L. mit Recht durch dasjenige, was er in seiner Privathandlung an den E. schuldig ist, seine andere Handluug unter dem Namen K. K. P. A. S. H. für dasjenige, was diese an E. zu fodern hat, für voll bezahlt machen könne?

Wobei besonders zu bemerken ist, daß L. wirklich Mitcapitalist der Silberhandlung ist, und daß sich keiner von den drei Capitalisten für eine fixirte Summe, sondern alle drei gemeinschaftlich für alle und jede Summen, welche mit der Silberhandlung verkehrt werden, verbunden haben, mithin gleich=

gleichwie in casu, daß C. und H. nicht im Stande wären, praestanda zu prästiren, L. gehalten wäre, für alle und jede Impegni der Silberhandlung zu suppliren, so will er auch daher sein Recht beweisen, wegen der Silberhandlung das totum gegen E. zu compensiren.

Darüber wird der löbliche Handelsstand in Wien, mit Zuziehung des demselben adjungirten Herrn juris Consulti, um ein rechtlich — und kaufmännisches Parere geziemend gebeten.

Gutachten.

Aus vorstehender Erzählung kömmt zu entnehmen, daß L. C. und H. eine Handlungsgesellschaft unter gemeinsamer Verbindlichkeit, und unter dem Namen: K. K. P. A. S. H. errichtet, diesen Hergang auch in dem Raggion-Buch zu Augsburg erklärt und eingetragen haben. Nachher erkaufte K. K. P. A. S. H. von E. einige Wechselbriefe nach Hamburg, welche dort auf W. gestellt, und von diesem acceptirt wurden. Unter dieser Zeit aber, wo die Wechsel nach gedachtem Hamburg geloffen, erklärte sich E. in Augsburg und W. zu Hamburg insolvendo, mithin sind die erwähnten Wechsel ohne Zahlung von Hamburg nach Augsburg zurükgekom-

kommen. Zu eben dieser Zeit war L. in seiner Privathandlung auch etwas mehreres, als obige Hamburger Wechselbriefe betrugen, schuldig, und gedenkt, qua Socius der Silberhandlung, seine Schuld, soviel als mehrgedachte Hamburger Wechsel ausmachen, mit E. zu compensiren.

Nun scheint zwar, daß L., als Socius der Silberhandlung, nur so viel mit E. compensiren könnte, als sein Antheil bei dieser Societät sich zeigen würde. Allein bei diesem Vorfall ist der Casus ganz anders, da zu betrachten kömmt, wie die drei Socii L. C. und H., sich verbunden dergestalt, daß, wenn zwei aus dieser Societät manquiren sollten, der dritte für alle passiva, und was bei derselben traktirt worden, zu bezahlen, und responsable zu seyn gehalten war: So muß ihm auch im Gegensatz das beneficium compensandi per *l.* 1. *ff. de compens. & l.* 54. *ff. de solut. & liberat.* zu statten kommen. Denn qui habet incommodum, debet etiam habere commodum.

Hieraus ergiebt sich also der Schluß, daß L. den Betrag der von dem E. erkauften Wechsel nach Hamburg mit seinem alleinig- und eigenem debito compensiren könne und möge.

Salvo

Salvo tamen meliori judicio sentientium.
Wien den 17. Febr. 1772.

G. W. Ant. Segalla.
Joh. Bapt. Schuller & comp.
Meyr, Hey & comp.
Gebrüder Schmitmer.
Aug. Castelmur.
J. T. Scheffler.
Franz von Churfeld.
Küner & comp.
Reuden & comp.
Erhard Hirsch.
Fries & comp.
Joh. Heinr. Stammetz.

Lit. C.

Parere von den Kramermeistern in Leipzig.

A. B. &. C. errichten gemeinschaftlich eine Societät, unter dem Prädikat: privilegirte Fruchthandlung, und erklären zugleich in dem öffentlichen Raggion-Buche ihres Platzes, daß sie drei ihren Obligo und Garantie für alle und jede negotia in solidum geben, welche die Fruchthandlung machen würde.

Es ist hiebei zu bemerken, daß ein jeder der drei Sociorum A. B. und C. an eben dem Ort seine eigne, unter seinem Privatnamen laufende Handlung hat, und daß weder diese drei Handlungen zusammen, noch eine derselbe besonders, mit der privilegirten Fruchthandlung etwas gemeines haben, so daß diese Societät einzig und allein den Fruchthandel, und was dahin einschlägt, zum Gegenstand hat.

Die privilegirte Fruchthandlung kauft von D. Wechselbriefe nach Hamburg, und in der Zwischenzeit, als diese zu laufen haben, fallirt D.; bald darauf hört auch E. in Hamburg als Trassatus zu bezahlen auf; weswegen die Wechsel ohne Zahlung an die privilegirte Fruchthandlung zurükkommen.

Zu der Zeit, als D. sich insolvendo erklärt, ist A. in seiner privat-Handlung dem D. etwas mehr schuldig, als die Hamburger Wechsel, so die privilegirte Fruchthandlung von D. gekauft hat, betragen; und weil diese unbezahlt geblieben sind, so weigert sich A. dem D. dasjenige, so er ihm schuldig ist, zu bezahlen, sondern will so viel, als die Hamburger Briefe betragen, ex jure retentionis & compensationis an die privilegirte Fruchthandlung, und nur den Rest an D. hinausbezahlen.

Es

Es ist also die Frage:
Ob A. als Socius der privilegirten Fruchthandlung berechtigt sey, durch dasjenige, was er in seiner privat-Handlung dem D. schuldig ist, seine Societät, nämlich die privilegirte Fruchthandlung, für ihre Foderung an D. für voll bezahlt zu machen?

Gutachten.

Auf vorstehende bei uns eingereichte speciem facti und derselben angefügte Frage erachten wir Endesunterschriebene dem Handels-Stil und der Billigkeit gemäß zu seyn:

Dieweil den gemeinen Rechten nach zur Compensation, wenn solche statt finden soll, ausdrüklich erfodert wird, daß die formirte Gegenfoderung nicht nur völlig in liquido beruhe, sondern auch dem Schuldner, welcher solche seinem Gläubiger anzurechnen sucht, eigenthümlich zuständig sey; die Foderungen eines dritten aber, der Natur der Sache nach, nicht in Zurechnung gebracht werden können; diese Verordnung der Rechte auch alsdann, wann gegen einen dem Konkurs zustehenden Posten compensirt werden soll, um so mehr in Obacht zu nehmen ist, als bei solchen das Compensationsrecht ohnehin nur auf die, dem Debitor des Konkurses vor dessen Ausbruch unstreitig zugestanden, liquide Gegenfoderung

 erstrekt

erstrekt werden kann; von dem Handlungsca- pital hingegen, welches die dem A. B. und C. in Gemeinschaft zugehörige Fruchthand- lung in der Masse des fallit gewordenen D. wegen erkaufter und nicht bezahlter Wechsel- briefe zu fodern hat, nicht gesagt werden mag, daß solches dem A. als dem alleinigen Schuld- ner des D. allein zustehe, da, nach der Na- tur des Societätskontrakts, A. nur einen, mit dem von ihm in die Compagniehandlung angelegten Hauptstamme gemäßen, Antheil daran hat; folglich wenn A. dieses gemein- schaftliche Capital ganz auf seine privat-Schuld abrechnen wollte, derselbe dadurch auch seine zwei Compagnons bedecken würde, welche doch, da sie ihrer Seits dem Konkurse nichts schuldig sind, hier gänzlich als dritte Perso- nen in Betrachtung kommen, und daher des von dem A. absonderlich contrahirten Passivi zu Erlangung ihres Handlungs-activi kei- neswegs gebrauchen können; In fernerer Er- wägung, daß, wie die Rechte ausdrüklich verordnen, aus den von einem Socio in sei- nem Namen geschloßnen negotiis, wenn er auch wirklich die Absicht gehabt, selbige für die Gemeinhandlung zu treffen, dennoch den übrigen Sociis weder einige Verbindlichkeit auferlegt, noch einiges Recht erlangt wird, vielmehr der für sich allein contrahirende So- cius

cius seine übrige Compagnons demjenigen, mit dem er contrahirt, wider Willen weder als Gläubiger, noch als Schuldner, aufzudringen vermag; welchem dann die zwischen dem A. und seinen Handlungscompagnons eingegangne Verbindlichkeit, für die passiva der gemeinschaftlichen Fruchthandlung in solidum zu haften, theils an sich als eine res inter alios acta dem Konkurs nicht zum Nachtheil gereichen, theils aber in gegenwärtigem Fall keinen Entscheidungsgrund abgeben kann, indem es hier nicht darauf ankömmt, ob ein Socius zuweilen für den andern zu bezahlen gehalten sey, sondern lediglich darauf die Aufmerksamkeit zu richten ist, welcher Antheil dem A. an der Gemeinhandlung, also auch an dem in solche gehörigen activo zukomme; als in Ansehung dessen nur er sich für einen Gläubiger des D. anzugeben, folglich auch nur diesen seinen Antheil auf sein dem Konkurs schuldiges passivum zu compensiren vermag:

So mögte unsers Dafürhaltens A. der Konkursmasse des D. auf seine eigne Schuld von dem activo der gemeinschaftlichen Fruchthandlung nur den ihm daran zukommenden Antheil zu compensiren berechtigt seyn, die gesuchte Zurechnung des ganzen Activi hingegen nicht statt finden.

Urkundlich haben wir dieses eigenhändig unterschieben, so geschehen Leipzig den 4. März 1772.

Kramermeister Deputirte ꝛc.

Lit. D.

Parere der Kauf- und Handelsleute, auch Kramermeister und Handelsleute in- und außer der Kramerinnung zu Leipzig.

Species facti.

L. C. und H. in Augsburg stabiliren gemeinschaftlich in Augsburg eine Societät unter dem Prädikat: K. K. P. A. S. H. Sie erklären zugleich in dem Raggion-Buch, daß sie drei ihren Obligo und Garantie für alle und jede negotia geben, welche K. K. P. A. S. H. machen würde.

K. K. P. A. S. H. kauft von E. Wechselbriefe nach Hamburg, und während der Zeit, daß diese zu laufen haben, fallirt E., bald darauf fallirt auch W. in Hamburg, auf den die von E. gezogenen Wechsel lauten, so daß die Wechsel ohne Zahlung an K. K. P. A. S. H. zurükkommen.

Zu der Zeit, als E. sich insolvendo erklärte, ist L. in seiner privat-Handlung dem E. etwas mehr schuldig, als die Hamburger Briefe, so die K. K. P. A. S. H. von E. gekauft hat, betragen; und weil diese nicht richtig worden, so weigert sich L. dem E. was er ihm schuldig war, zu bezahlen, sondern will soviel, als die Hamburger Briefe betragen, ex jure retentionis & compensationis an die K. K. P. A. S. H., und nur den Ueberrest an E. hinausbezahlen.

Es ist also die Frage:

Ob L. mit Recht durch dasjenige, was er in seiner Privathandlung an E. schuldig ist, die Societätshandlung unter dem Namen K. K. P. A. S. H. für dasjenige, was diese an E. zu fodern hat, für voll bezahlt machen könne?

Wobei besonders zu bemerken ist, daß L. wirklicher Mitcapitalist von der K. K. P. A. S. H. ist, und daß sich keiner von den drei Capitalisten für eine fixirte Summe, sondern alle drei gemeinschaftlich für alle und jede Summen, welche mit K. K. P. A. S. H. verkehrt werden, impegnirt haben, mithin gleichwie in casu, wenn C. und H. nicht im

Stand wären, praestanda zu prästiren, L. gehalten wäre, für alle und jede Impegni der Societätshandlung zu suppliren, so will er auch daher sein Recht beweisen, wegen K. K. P. A. S. H. das totum gegen E. zu compensiren.

Gutachten.

Auf vorstehende bei uns eingereichte speciem facti, und derselben angefügte Frage, erachten wir Endes Unterschriebene dem Handelsstil und der Billigkeit gemäß zu seyn:

Obwohl denjenigen, welche an einen Conkurs schuldig sind, das Recht zu compensiren nicht gänzlich benommen ist, sondern der Satz, als ob gegen einen Conkurs keine Zurechnung eines gegenseitigen activi statt finde, nur von denjenigen Foderungen, welche erst nach entstandnem Conkurs erwachsen, oder in fraudem creditorum erlangt worden, anzunehmen ist; dagegen wenn der Gemeinschuldner vor Ausbruch seines Falliments an denjenigen, welcher an ihn zu zahlen verbunden, hinwieder eine gewisse Post schuldig worden, das activum des Gemeinschuldners durch diese sich sogleich ipso jure vermindert, und weil es solchemnach bei Ausbruch des Falliments nicht weiter existirt, dem Conkurs, wenn

wenn er das ganze Quantum fodert, die Exception der vorher entstandnen Compensation mit Grunde entgegen gesezt wird; hieraus aber zum Vortheil des L. die Folgerung gezogen werden mögte, daß, weil die der Gemeinhandlung an die Conkursmasse des E. wegen nicht bezahlter Wechsel zukommende Foderung noch vor erfolgter Insolvenz des E. entstanden, L. hingegen als Theilhaber an dieser Gemeinhandlung wegen dieses activi für einen Gläubiger des E. anzusehen sey, ihm das Recht, solche auf seine an die Conkursmasse schuldige Post zuzurechnen ebenfalls zustehen müßte, und zwar um so mehr, da er nach der in dem Raggion-Buch geleisteten Garantie für sämtliche von der Gemeinhandlung contrahirende passiva nach Befinden allein, und mit seinem übrigen absonderlichen Vermögen, zu haften verbunden, folglich der Billigkeit nach er auch in Ansehung der gemeinschaftlichen Handlungs-activorum als alleiniger Gläubiger zu betrachten sey. Weil aber dennoch die Compensation nur in so weit für zulässig zu achten, als sich der Antheil des Schuldners an der in Zurechnung gebrachten Gegenfoderung erstrekt, in Ansehung desjenigen Theils hingegen, welcher einem dritten davon zusteht, einige Compensation nicht statt findet, das der Gemeinhandlung an die Mas-

se des E. zukommende activum aber unstreitig dem L. nur zum Theil, nämlich nach demjenigen Antheil, welchen er an der Gemeinhandlung hat, zugehört, und die übrigen Theile den beiden andern Sociis zuständig sind, daher, wenn L. das ganze activum auf seine privat-Schuld in Zurechnung bringen wollte, er dadurch zugleich den C. und H. wegen ihrer Antheile daran decken würde, welche beide doch, da sie ihrer Seits keinen Antheil an dem von dem L. allein contrahirten passivo haben, hier gänzlich als dritte Personen anzusehen sind, und aus diesem Grunde dieses einseitigen passivi des L. zu Erlangung ihres Handlungs-activi sich um so weniger gebrauchen können, je bekannter es ist, daß den Rechten nach aus den von einem Socio in seinem Namen geschlossenen negotiis so gar alsdann, wenn er wirklich die Absicht gehabt, selbige für die Gemeinhandlung zu treffen, dennoch den übrigen Sociis weder einige Verbindlichkeit auferlegt, noch einiges Recht erlangt werde, vielmehr der für sich allein contrahirende Socius demjenigen, mit dem er contrahirt, wider Willen seine übrigen Compagnons weder als Gläubiger, noch als Schuldner, aufzudringen vermöge. Wider welche Verordnung der Rechte der oben angeführte Umstand, daß L. mit

sei-

seinen Sociis für die gemeinschaftlichen Handlungs-passiva zu haften sich erklärt, nicht anzuziehen ist, indem nicht nur dergleichen unter den Sociis eingegangne Verbindlichkeiten, als eine res inter alios acta, dem Konkurs, als einem dritten, nicht zum Nachtheil gereichen, sondern auch überhaupt dieser Umstand in gegenwärtigem Falle keinen Entscheidungsgrund abgeben kann, weil es hier nicht darauf ankömmt, ob ein Socius für den andern zu bezahlen verbunden sey, sondern das Absehen lediglich darauf gerichtet seyn will, welchen Antheil der Socius an der Gemeinhandlung habe, da sich hierauf der dem Socio an dem Handlungs-activo zustehende Antheil gründet, als welcher Theil nach obigen Grundsätzen nur als dessen Eigenthum anzusehen ist, und ratione dessen daher auch nur L. sich als Gläubiger des E. zu betrachten hat, folglich auch nur diesen Antheil in Zurechnung zu bringen vermag:

So mögte unseres Dafürhaltens L. der Konkursmasse des E. auf seine Schuld von dem activo der gemeinschaftlichen Handlung nur den ihm daran zukommenden Antheil zu compensiren berechtigt seyn, die Zurechnung des gangen activi hingegen gestalter Sache nach nicht statt finden.

Urkund-

Urkundlich haben wir dieses eigenhändig unterschrieben. So geschehen Leipzig den 4ten Martii 1772.

Deputirte Kauf- und Handelsleute außer der Kramerinnung.

Wilh. Gräff.
Carl Ludw. Kobl.
Joh. Gottfr. Frenkel.
Ad. Waldhütter.
Joh. Friedr. Richter.
Joh. Gottfr. Findeißen.
Eberh. Tiehn.
Joh. Chr. Falke.
Jak. Straub.

Kramermeister Kauf- und Handelsleute in der Kramerinnung.

Ernst Miller.
v. Bineck.
Joh. Mat. Frank.
Joh. Gottl. Grundig.
Joh. Chr. Steinger.
Joh. Gottfr. Speerbach.
Dav. Heinrich Bruckner.
Gottl. Limburger.
Georg Friedr. Hermann.
Joh. Cr. Hesse.

Lübeckische Guachten unter Lit. E. und F.

Lit. E.

Aus den übersandten Akten ergiebt sich folgende

Species facti:

Die Herren Ben. Ad. v. Liebert, Carli und Höpf in Augsburg sind daselbst laut des Raggion-Buchs Socii einer Silberhandlung unter dem Prädikat der Kaiserl. Königlichen privilegirten ausländischen Silberhandlung, und besorgen deren Geschäfte, laut des Raggion-Buchs, mit gemeinschaftlichem Obligo nnd Capital. Daneben führt H. Ben. Ad. v. Liebert noch eine besondere Handlung für sich, und unter seinem eignen Namen.

Die Silberhandlung kauft von dem H. Eberz in Augsburg Wechselbriefe auf einen Kaufmann in Hamburg. H. v. Liebert aber wird aus seiner besondern, und unter seinem eignen Namen geführten, Handlung dem H. Eberz eine Scontro-Post von 3743 fl. 43 kr. schuldig.

Während der Zeit, daß von der Silberhandlung dem H. Eberz abgekaufte Wechselbriefe noch zu laufen haben, wird H. Eberz zu Augsburg insolvent, und da kurz

darauf

darauf der Kaufmann zu Hamburg, als Trassatus und Acceptans solcher Wechselbriefe, gleichmäßig insolvent wird, so kommen diese Wechselbriefe an die Societätshandlung ohne Zahlung zurük.

Curatores der Eberzischen Concursmasse verlangen per viam juris von dem H. v. Liebert die baare Bezahlung des aus seiner besondern Handlung dem H. Eberz schuldig gewordnen liquiden Scontro-Postens. Derselbe verweigert solche, und schüzt exceptionem compensationis vor, will die der Kais. Königl. priv. ausländischen Silberhandlung, wegen der aus Hamburg ohne Zahlung zurükgekommenen Wechselbriefe, an die Eberzische Conkursmasse zustehende Foderung, qua Socius derselben, damit compensiren, und nur den Ueberschuß bezahlen.

Wenn nun vi Decreti Magistratus Augsburgensis vom 4. Febr. 1772 ein auswärtiges mercantil-Parere über solches strittige Compensations- und Retentionsrecht eingeholt werden soll; so kömmt es blos hierbei auf die Frage an:

Ob H. v. Liebert, den Rechten und den Augsburgischen Wechselordnungen gemäß, befugt sey, die aus seiner besondern Handlung herrührende, an den H. Eberz schuldig gewordene, Scontro-Post ganz, oder für seinen

seinen Antheil, mit derjenigen Foderung zu compensiren, welche die Kais. Königl. priv. ausländische Silberhandlung, deren Socius er ist, wegen der aus Hamburg ohne Zahlung zurükgekommenen Wechselbriefe an die Eberzische Conkursmasse zu machen hat?

Rationes dubitandi.

Es gewinnt zwar das Ansehen, als sey H. v. Liebert wohl berechtigt, qua Socius der Silberhandlung, die von den Eberzischen Curatoribus an ihn gemachte, aus seiner besondern Handlung herrührende, Scontro-Foderung mit derjenigen zu compensiren, welche die Silberhandlung an die Eberzische Conkursmasse zu machen hat, wenigstens aber seinen daran habenden liquidirlichen Antheil damit zu compensiren, da

1) aus dem *l. 10. ff. de duob. reis* die Folgerung gezogen werden mögte, quod Socius compensare queat, si Socio debeatur;

2) solche Folgerung um so mehrern Anschein erhält, indem H. v. Liebert als Socius der Silberhandlung für alle Societätsschulden in solidum haften muß, mithin wegen dieses incommodi auch das commodum genießen müsse, sich des juris compen-

pensandi intuitu der Societätsfoderungen mit seinen eignen debitis in favorem der Societät zu bedienen; besonders da

3) aus den Akten erhellt, daß die Silberhandlung, deren Socius H. v. Liebert ist, eine wirkliche Foderung an die Eberzische Conkursmasse, wobei also H. v. Liebert mitinteressirt, und an deren Gewinn oder Verlust wirklichen Antheil hat; auch

4) das liquidum und illiquidum von der Foderung der Silberhandlung hiebei nicht in Betrachtung gezogen werden kann, da in dem Augsburgischen Rathsdekret de 28 Febr. 1682, und in der fernern Erklärung und Vermehrung der Wechselordnung §. 8. das jus compensandi & retinendi bei Fallimenten auch auf andere Fälle, so entweder bereits verfallen, oder hernach verfallen mögten, und auf alle andere an die Falliten habende liquidirliche Foderungen, ausdrüklich extendirt wird.

Rationes decidendi.

Weil aber

1) das aus dem lege 10. ff. de duobus reis hergeleitete Argument bei gegenwärtigem Vorfall um so weniger Plaz greifen kann, als es unstrittig ist, daß die Kaiserl. Königl.

Königl. privil. ausländische Silberhandlung nur eine Societas particularis ist;

2) auch aus der Societätsverbindlichkeit, vermöge deren ein Socius für Societäts-Schulden in solidum haftet, als einer re inter alios gesta, keine extension des juris compensandi zum Besten der Societät in praejudicum tertii hergeleitet werden kann; vielmehr aus dem bekannten Satze: quod Socius non teneatur ad aes alienum a Socio extra causam societatis contractum, nec obligetur ex negotio Socii extra societatem gesto,

(*Fabri defin. forens. lib. 4. tit. 27. defin. 1. Marquard de jure mercat. & commerc. lib. 2. Cap. 2. num. 15. 16.*

mit Recht argumentirt wird, und der billige Gegensatz folgt, daß auch ein aes alienum a Socio extra causam societatis contractum, oder ein negotium unius socii extra societatem gestum einer Societät oder den übrigen Sociis in praejudicium tertii keinen Vortheil erwecken könne; besonders

3) die Gesetze ausdrüklich als ein hauptsächliches Requisitum einer statthabenden Compensation erfodern, quod debitum proprium sit inter eundem debitorem & creditorem, und deutlich verordnen,

quod creditor compensare non cogatur, quod alii quam debitori suo debet;

per l. 18 ff. & l. 9 C. de compens. Lauterbachii Coll. theoret. pract. tit. de compens. §. 9.

es aber augenscheinlich ist, wie dies hauptsächliche Requisitum in gegenwärtigem Fall nicht vorhanden sey, da H. von Liebert als Handelsmann für seine eigne Rechnung, und als Socius der Silberhandlung unmöglich pro una eademque persona angesehen werden kann, indem eine persona socialis a propria ipsius allerdings unterschieden werden muß, und Corpus societatis & singuli socii per se admodum diversa sunt.

Decis. Rotae Genuens. decis. 31. *num.* 11. & *decis.* 75. *num.* 3.

Mithin die K. Königl. privil. Silberhandlung sowohl, als auch H. v. Liebert, qua socius derselben, als eine persona tertia in Absicht derjenigen Geschäfte und Foderungen von Rechts wegen anzusehen ist, welche zwischen dem H. Eberz und dem H. von Liebert, qua separatum commercium gerentem, in seiner besondern Handlung obgewaltet haben. Dahero

4) diese ganz natürliche, gesezliche, und allgemeine Regel, quod in compensatione debitum proprium esse debeat inter eundem

dem debitorem & creditorem, auch in Wechsel- und mercantil-negotiis Platz greifen muß; man auch darin keine andere identitatem personarum annehmen kann, als die in der That secundum leges pro iisdem zu halten sind, wofern nicht an einem Handelsort durch besondere Wechselordnungen, oder durch eine wohlhergebrachte erwiesene Gewohnheit davon intuitu Sociorum particularium eine ausdrückliche Abänderung getroffen, und eine Ausnahme von der Regel gemacht worden ist, welches in den Augsburgischen Wechselordnungen und deren Verbesserungen mit keiner Silbe geschehen; als welche zwar in Absicht der sogleich erweislichen Liquidität und einiger andern Punkte bei Fallimenten, keineswegs aber in Absicht der Personen, inter quas compensatio locum invenire debeat, von dem gemeinen Rechte hierin eine Ausnahme machen, und ein jus compensandi creditum sociale cum debito proprio in favorem societatis aut sociorum, & in praejudicium tertii, nirgends den Sociis verleihen; mithin es vielmehr hier heißen kann, quod exceptio in casibus non exceptis firmet regulam, und es daher auch den Augsburgischen Wechselordnungen gemäß, solchemnach in dem gegenwärtigen Fall bei der Rechtsregel bleibt,

 quod

quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, ejus compensatio fieri non potest:

So bin ich in Rechten der Meinung, daß Beklagter H. Ben. Ad. von Liebert, die der Kais. Königl. priv. ausländischen Silberhandlung an die Eberzische Konkursmasse zustehende Foderung mit dem aus seiner separaten Handlung herrührenden debito an solche Konkursmasse zu compensiren, nicht befugt sey, vielmehr Beklagter den klagenden Curatoribus der Eberzischen Konkursmasse die quästionirte Scontro-Post von 3743 fl. 43 kr. welche ihm von dem H. Eberz wegen seiner separaten Handlung creditirt worden, völlig zu bezahlen schuldig und gehalten sey.

Salvo meliori judicio sentientium.

Lübeck den 12. Dez. 1772.

Gerhard Heinr. Lamprecht &c.

Lit. F.

Species facti.

Aus den an uns eingesandten Akten in Sachen des H. v Lieberts wider die Herren Curatores der Eberzischen Masse erhellet soviel, daß wohlgedachter H. v. Liebert bei dieser Sache duplicem personam vorstellt. Erstlich in so fern er eine eigne Wechselhandlung etablirt hat, die auf seinen eignen Namen geführt wird;

wird; zweitens in so ferne er ein Socius in solidum von der Kais. Königl. privilegirten ausländischen Silberhandlung ist, welche unter dieser Firma getrieben wird.

Diese Silberhandlung kauft von Eberz Wechselbriefe nach Hamburg. Eberz fallirt binnen der Zeit, als die Wechsel zu laufen haben, und bald darauf fallirt auch der Kaufmann in Hamburg, auf den die gezogenen Wechselbriefe lauten, mithin kommen sie unbezahlt an die gedachte Silberhandlung zurük

Die Eberzische Masse ist also dieser Handlung den Betrag der Wechsel, nämlich 3518 fl. 5 kr. schuldig; zugleich ist auch der H. v. Liebert der Eberzischen Masse aus seiner privat-Handlung eine Scontro-Post von 3743 fl. 3 kr. schuldig. Diese beiden Posten will der H. v. Liebert mit einander compensiren.

Es fragt sich demnach:

Ob hier inter debitum proprium & creditum Sociale die Compensation statt haben könne, oder nicht?

Rationes debitandi.

Wenn wir auf diese Frage unsere wahre Meinung unparteyisch nunmehr eröfnen sollen, so scheint es fast, als wenn

1) verschiedne in actis allegirte berühmte Rechtslehrer die affirmativam behaupteten, und daß besonders die Autores Rotae Genuens. imgleichen der Cardinal Tusch in dem vorsehenden Fall eine Compensation statt finden ließen.

2) Heißt es in Lege 10. ff. de duobus reis, daß ein Correus debendi dasjenige compensiren könne, was seine Cameraden, wenn sie Socii unter einander wären, schuldig seyen.

3) Ist erwiesen, daß H. v. Liebert bei der Silberhandlung Socius in solidum sey, und wenn seine Socii falliren sollten, die ganze Societät vorstellen, folglich allein bezahlen müßte. Mithin scheinet es der Billigkeit sehr gemäß zu seyn, wenn er auch gegenwärtig die ganze Societät vorstellen, und in solcher Qualität qua creditor compensiren will.

4) Hat es seine gute Richtigkeit, daß in der bei den Akten liegenden Wechselordnung den Creditoribus bei Konkursen das jus retentionis & compensationis zugestanden worden sey.

Rationes decidendi.

Jedoch zu geschweigen, daß

ad 1) die von dem H. v. Liebert angeführten Autoren bei einer genauen Untersu-

chung

chung demselben wohl nicht zu getreu seyn mögten, und daß besonders die in den Decisionibus Rotae Genuens eigenmächtig gemachten Distinctiones in praxi wohl schwerlich Beifall finden dürften: So ist es überhaupt bekannt, daß dergleichen Responsa keine vim legis haben, sondern nur illustrationis causa angeführt werden, so daß man, wenn die Gesetze deutlich und bestimmt genug reden, dergleichen privat-Meinungen, die sich gar zu oft einander widersprechen, füglich entbehren kann.

Nun aber heißt es in Lege 18. ff. de compens.

„Creditor non cogitur compensare, quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.“

Imgleichen in Lege 9. C. de compens.

„Ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.“

Dies ist der gerade vorliegende Fall:

Creditor (die Eberzische Masse) compensare non cogitur, quod alii (der Silberhandlung) quam debitori (dem H. v. Liebert) debet, quamvis creditor ejus (die Silberhandlung) pro eo, qui con-

convenitur (dem H. v. Liebert) ob debitum proprium velit compensare.

Der

ad 2) allegirte Lex 10 ff. de duobus reis findet unsers Erachtens bei dem gegenwärtigen Fall nicht die geringste Anwendung, weil keine duo rei ausfindig zu machen sind. Der H. v. Liebert ist der einzige Debitor von der Eberzischen Masse. Die Silberhandlung, welche gedachter Masse nichts schuldig ist, sondern zu fodern hat, nimmt an den extra societatem von ihrem Socio gemachten Schulden keinen Antheil. Sie ist der privat-Handlung des H. v. Lieberts nicht associirt, und es sind also hier keine Correi debendi vorhanden; folglich kann auch die Silberhandlung für den H. v. Liebert nicht compensiren, oder, was gleich viel ist, bezahlen. Dies würde sie aber thun, wenn sie ihre Foderung für seine Schuld hingäbe, welche Collusion in fraudem creditorum keine Statt haben kann. Scheinbarer ist es, wenn

ad 3) der H. v. Liebert vorgiebt: Er sey Debitor der Eberzischen Masse, aber auch zugleich als Socius in solidum bei der Silberhandlung ein Creditor derselben.

Es ist aber auch dieses Argument nur blos scheinbar; denn wenn gleich gedachte Eberzische Masse der Silberhandlung schul-

dig

dig ist, so ist sie doch deswegen diesem oder jenem Socio, dem H. v. Liebert, H. Höpf oder H. Carli, ins besondere nichts schuldig.

„Quod enim societati debetur, singulis non debetur.“ *Lex 7. §. 1. ff. quod cujusque univ. nom.*

Es thut nichts zur Sache, daß sämtliche Interessenten zur Aufnahme ihrer Handlung, und zur Vermehrung ihres Credits, unter einander einig worden sind, sich in solidum zu verbürgen. Diese res inter alios acta kann dem tertio keine Verbindlichkeiten auflegen.

Wahr ist es, daß existente casu, wenn zwei der Interessenten fallirten, der dritte die ganze Societät repräsentiren, und das debitum sociale ex pacto allein bezahlen müsse. Provisio hominis enim tollit provisionem legis.

So lange die Societät selbst aber besteht, so lange hat eine solche Repräsentation keine Statt; sonst würde heut der eine, morgen der andere, ein andermal der dritte, wie es eines jeden Interesse erfoderte, eine solche Repräsentation fingiren wollen.

In gegenwärtigem Fall würde die Fiction, welche den H. v. Liebert zum alleinigen Creditor der Eberzischen Masse machen soll, augenscheinlich in fraudem aliorum creditorum,

die ein antiquius und potius jus hätten, geschehen, auf deren Kosten der H. v. Liebert sich selbst nebst seinen beiden Sociis, die doch mit dem extra societatem gemachten debito nichts zu thun haben, gerne decken mögte.

Tusch in consil. pract. cons. 490. *num.* 73. den der Herr v. Liebert für seinen wahren Freund hält, sagt daselbst:

„Si debeo alicui societati, & in alia manu sum creditor alicujus ex sociis dictae societatis, & volo compensare, non compellitur Societas, compensationem admittere.“

Hat dieses seine Richtigkeit, so muß es ja wohl unstreitig nach den Regeln der Billigkeit, daß, so viel möglich, jura reciproca seyn sollen, imgleichem nach der bekannten Rechtsregel: quod quisque juris in alterum statuit, ut ipse eodem jure utatur, in dem entgegengesezten Falle, wenn die Societät compensiren will, heißen:

Si debeo alicui societati, & in alia manu sum creditor alicujus ex sociis dictae societatis, & societas vult compensare, non compelli possum, compensationem admittere.

Denn daß dergleichen Societates particulares ein Vorrecht haben sollten, andere zur Com-

Compensation zu zwingen, kann mit keinem Gesetze erwiesen werden.

Ein anderes würde es seyn, wenn hier eine Societas universalis omnium bonorum vorhanden wäre, worauf die Glossa ad l. 9. C. de compens. zielt; oder wenn der H. v. Liebert zwei separate Handlungen unter seiner Firma hätte, wohin sonder Zweifel die Meinung des von ihm allegirten *Lauterbachs* gegangen ist.

Mit diesen principiis harmonirt völlig

ad 4) das producirte Dekret vom 28 Febr. 1682, die Extension des Compensations- und Retentionsrechts bei Fallimentsfällen betreffend. Wenn dem zu Folge der H. v. Liebert als Debitor wegen seiner separaten Wechselhandlung eine Gegenfoderung hätte, oder wenn die Kais. Königl. priv. ausländische Silberhandlung, als Creditrix, der Eberzischen Masse ex alio capite etwas schuldig wäre: So würden beide mit derselben compensiren können.

Daß aber, wie gesagt, partikulair-Handlungsgesellschaften besondere Vorrechte genießen, und die Freiheit haben sollten, die von ihrem Socio extra societatem gemachte privat-Schulden in fraudem creditorum zu übernehmen, oder daß es dem einen Socio erlaubt wäre, per fictam repraesentatio-

tionem totius societatis sich zum Creditor zu machen, um nur auf die eine oder andere Art compensiren zu können: davon erwähnt dieses Dekret nichts. Dergleichen Verfügungen aber, wobei die übrigen Creditores unschuldig leiden, müssen stricte interpretirt, und ultra verba legis aut decreti nicht extendirt werden.

Nach dem vorhergehenden also, und nach der hier beständig observirten Praxi, kann ich nach meiner Einsicht unmöglich anders urtheilen, als daß, bewandten Umständen nach, die projectirte Compensation überall keine Statt habe; sondern der H. v. Liebert seinen Scontro-Posten forderſamst bezahlen, die privilegirte Silberhandlung aber sich an die Eberzische Conkursmasse halten müsse.

Lübeck den 2 Jan. 1773.

J. V. Sivers Dr.

Aus meinen hier beigehenden rationibus dubitandi & decidendi (Beilage Lit. E.) erhellet, daß ich mit obenstehenden rechtlichen principiis völlig übereinstimme.

Gerh. Heinr. Lamprecht Dr.

Nach unsern bisherigen begriffen von der Compensation, und nach der bei ähnlichen Vorfällen hier beständig observirten praxi können wir nicht anders, als den obenstehenden

den rechtlichen Meinungen völlig beitreten, daß der H. v. Liebert seine eigne Schuld mit dem, was die Kais. Königl. privil. ausländische Silberhandlung von seinem Creditore zu fodern hat, nicht compensiren könne.

Lübeck den 5 Jan. 1773.

Gabr. Lud. Danckwert,
Schonenfahrer Aeltermann.

Joh. Christ. Cohtt,
Aeltermann der Bergenfahrer.

Christ. Wilh. Brandt,
Aeltester der Stockholmfahrer.

Herm. Nic. Benser,
Aeltermann der Kaufleute Comp.

Rud. Christ. Babst,
Novogrodsfahrer Aeltermann.

Friedr. Gündlach,
Aeltermann der Rigafahrer.

Sie.

Siebenter Rechtsfall,

über die Frage:

Ist es genug, daß einer für sich unmittelbar dem Reiche unterworfen ist, oder ist er in Rüksicht seiner mediat-Güter für mediat zu halten, und können also dieser Güter halber gegen denselben, *ob non fundatam jurisdictionem*, von dem Kammergerichte keine *Mandata* erkannt werden?

Inhalt.

§. 1 — 6. Vorstehende Frage ist ein Dubium camerale, worüber in den Reichsgesezen noch zur Zeit nichts entschieden ist. Sententia affirmativa, daß nämlich in solchen Fällen die kammergerichtliche Jurisdiktion für begründet zu halten sey, ist der entgegengesezten Meinung vorzuziehen. Hierüber ein neueres Praejudicium.

§. 1.

§. 1.

Die obenstehende Frage kam bei einem von dem H. Fürst-Abten zu Stableau gegen den H. Herzogen zu Aremberg an dem Kammergerichte eingeleiteten Mandatsgesuche vor.

Die Rubrik des nachgesuchten Mandats war folgende:

de revocando incompetentem ad Officialem Leodiensem super adpulsu aquae rivi, in territorio Principatus Stabulensis siti, recursum, uti & de non turbando mensam abbatialem Stabulensem in quasi possessione percipiendi censum pro dicto aquae adpulsu, nec amplius hominibus armatis violando territorium Stabulense, sed ordinaria juris via coram judice competente procedendo, desuperque sufficientissime cavendo, ac resarciendo quaevis illata damna & expensas cum omni causa S. C. cum cit. sol.

§. 2.

Hierbei ist nur, was die vorliegende Frage puncto fundatae jurisdictionis betrift, ohne des unterstellten facti umständliche Erwähnung zu thun, so viel zu bemerken,

daß

daß der Beklagte H. Herzog hier in qualitate als Toparcha des fürstl. Lüttigischen Orts Hautpenne vorkam, daß er als solcher bei dem Official zu Lüttig geklagt, die befragte Wassergerechtigkeit in Anspruch genommen, dem H. Fürsten die Territorialhoheit strittig gemacht, und endlich als solcher die thätliche den Besitz störende Handlungen vorgenommen hatte.

§. 3.

Der H. Herzog von Aremberg kann also in dieser Sache von verschiednem Gesichtspunkte, als Reichsstand, und sodann als Toparcha des fürstl. Lüttigischen Orts Hautpenne, betrachtet werden.

Actio realis ist gegen ihn nicht angestellt, indem über ein factum turbativum geklagt wird, wobei auf qualitatem personae zu sehen ist. Daß aber der H. Herzog Lüttigischer Landsaß sey, folgt daraus noch nicht, weil er Güter in dem Lüttigischen besitzt. Aliud est enim bona in alicujus provincia tenere, & aliud ratione bonorum principaliter esse subditum.

§. 4.

Will man nun auch den H. Beklagten wegen der mediat-Güter, die zum Streit

An-

Anlaß gegeben, pro mediato achten; so hängt es doch von der Wahl des H. Fürsten zu Stableau ab, wo er seinen Adversarium, der duplicem personam vorstellt, mit einer bloßen personal-Klage belangen will. Auch hat (wie Linker de grav. extraj. C. 9. P. 11. §. 49. bezeugt) die Regel, daß von dem Kammergerichte contra mediatum keine Mandata S. C. erkannt werden, mehrere Ausnahme. Man darf nur hierüber das Dubium camerale XI nachschlagen, und allenfalls ließe sich die in Frag stehende Sache ad constitutionem de litigiosa possessione ganz wohl qualificiren.

§. 5.

Am merkwürdigsten aber hierbei ist das Dubium camerale XII (*vid. Roding Lib. 1. Tit.* 10.) worin gegenwärtiger Fall in terminis vorkömmt:

„Ob es nämlich genug sey, daß die Person für sich ohne Mittel dem Reich unterworfen, oder ob dieselbe alio respectu, puta domicilii, aut rerum seu bonorum, de quibus lis est, pro mediata zu achten, und also gegen dieselbe Mandata nicht erkannt werden mögten."

Die Meinung des Kammergerichts war hierbei getheilt, und noch ist hierüber in den Reichsgesetzen nichts entschieden.

§. 6.

Da indessen mehrere Praejudicia vorliegen, daß dergleichen Beklagte pro immediatis, ohne Rücksicht auf die mediat-Güter zu nehmen, gehalten worden sind (*videat. Gylmann Tom. III. voc. Exempt. p. 117 & pignorat. p. 260*, wo man die erwähnten Praejudicia angeführt findet); und da *Meichsner Tom I L. I Dec* 32. bezeugt, daß dieses der kammergerichtlichen Praxi gemäß sey, worauf sich auch *Ludolff in Comment system.* Sect. 1. §. 8 Num. 11. bezieht: So ward in dem oben erzählten Falle die Jurisdiktion des Kammergerichts für begründet gehalten, und das nachgesuchte Mandat den 13. Oct. 1783 erkannt.

Das in der Sache ergangene Dekret ist folgendes:

Petitum Mandatum de non turbando mensam abbatialem Stabulensem in quasi possessione percipiendi censum pro aquae adpulsu in actis nominato, & de non amplius hominibus

nibus armatis violando territorium Stabulense, sed ordinaria juris via coram judice competente proceden- do, desuperque sufficienter cavendo S. de resarciendo vero quaevis illata damna & expensas C. C. decernimus, reliqua petita denegantes.

Achter Rechtsfall

Ueber den Appellations-Zug nach Aachen aus unmittelbar dem Reich unterworfenen Staaten.

Inhalt.

§. 1. Nach der Behauptung des Freyh. von Cramers gehen die Appellationen aus der unmittelbaren Reichsherrschaft Tignet nicht gerade an die Reichsgerichte, sondern vorher an den Schöffenstuhl zu Aachen.

§. 2 u. 3. Eine seltene Ausnahme von der Regel. Indessen giebt es doch auch in Ansehung anderer unmittelbaren Reichsherrschaften dergleichen Beispiele.

§. 4. In Ansehung der oben erwähnten Herrschaft Tignet aber sind mehrere Praejudicia vorhanden, die von dem Gegentheile zeugen.

§. 5 — 8. Kurze Schilderung der Gerichtsbarkeit des Schöffenstuhls zu Aachen vor und nach Errichtung des Kammergerichts.

Am Ende ein neueres Praejudicium vom J. 1783, wo gegen ein von dem Gerichtshof zu Tignet eröffnetes Urtheil unmittelbar ad Cameram

meram adpellirt, und solche Adpellation angenommen worden ist.

§. 1.

Bei dem Freih. v. Cramer *in observat. tom* 2. *Obs.* 626. heißt es: „Pagus *Tignetensis*, licet intra limites Principatus Leodiensis situs, & ejusdem finibus undequaque circumscriptus est, nihilominus a Romano Imperio immediate dependet; ejusque legibus subjacet in tantum, ut ab illius curiae sententiis directo ad Scabinos Regiae sedis Aquisgranensis & ab his ad suprema Imperii dicasteria adpelletur.“

Wegen der Immedietät dieser Herrschaft bezieht sich H. v. Cramer auf ein von dem Kammergerichte in causa Incolarum pagi *Tignetentis* contra ejusdem pagi Toparcham am 19. Aug. 1761 erkanntes Mandatum S. C. de revocando, cassando & annullando adscriptionem matriculae Patriae Leodiensis nulliter factam &c. cum excitatione Fiscalis Caesarei contra Toparcham, quod immediatos Imperii cives extraneo subjicere principi attentaverit &c.

Hierdurch wird die Immedietät gedachter Herrschaft ziemlich beglaubigt.

§ 2.

Dagegen ist es eine seltne Ausnahme von der Regel, daß von einem unmittelbaren Stand des Reichs an die Reichsgerichte nicht solle appellirt werden können.

Der Freyh. v. Cramer sagt hiervon in obſ 225. „Non ſequitur: ſtatus eſt immediatus; ergo immediate ab eo ad ſuprema Imperia Tribunalia adpellari poteſt. Ita Abatia Porcetana ſtatus immediatus eſt; immediate vero a ſupremo judicio in ipſius regione adpellari nequit, ſed ad Scabinos Aquisgranenſes adpellandum. Ibidem vero ſententia tantum concipitur, publicatur vero in judicio zu Burſcheid ad ſalvandam immedietatem. Ab obſervantia non a privilegio ſubordinatio iſta derivanda eſt. Quod vero legibus Imperii de obſervatione privilegiorum de non adpellando inculcatur, valet quoque de obſervantia, a qua ſingularis iſtiusmodi judiciorum dependet ſubordinatio."

§. 3.

Von den Reichsgemeinden Gaßheim und Sennfeld findet man bei *Ludolff in comment. ſyſtem. pag* 19 die Nachricht, daß ſie ſich die Appellation an die Fürſtl. Würzburgiſche Re:

Regierung gefallen ließen, obgleich in dem Schuzbriefe dieserwegen nichts verordnet sey. Welches mit dem obigen Falle viel Aehnliches hat.

§. 4.

Gegen die Meinung des H. v. Cramers in Ansehung des pagi *Tignetensis* haben wir aber mehrere Praejudicia. In Caussa viduae Ierobou contra Lamberdum Picard & de Libott ist den 8. Jul. 1767 Citatio ad videndum deduci nullitates insanabiles, cum inhibitione & compulsorialibus, gegen den Gerichtshof zu Tignet erkannt worden. Dieses Praejudicium ist allerdings treffend, da auch bei der Querela nullitatis immedietas judicis a quo erfodert wird. Von der größten Bedeutung ist aber folgender Fall, daß nämlich in caussa Denis & Giffe contra Franck & Picard völlige, von einem zu Tignet ergangnen Urtheil unmittelbar an das Kammergericht eingeführte, Appellationsprozesse im Jahr 1763 erkannt worden sind.

§. 5.

Das Schöpfengericht zu Aachen ist, (wie *in Electis juris publici Tom. VI Sect. 64. pag.* 778. vorkömmt) eines der ältesten Ge-

richte in Teutschland, und hat vordem weit mehr Authorität gehabt, als izt.

Doch ist solches noch im Stand, und es werden sogar von einigen Holländischen Städten, als Nimwegen, und andern, noch heut zu Tage Appellationen dahin geschikt; eben so wie vor Zeiten an den Schöpfenstuhl zu Magdeburg aus dem Königreiche Pohlen.

Dergleichen Appellationen sind jedoch mehr permissae, und die judicia nur als Schiedsrichter anzusehen, als daß sie jurisdictionem necessariam haben sollten.

§. 6.

In dem vom Kaiser Karl IV. dem Schöpfenstuhl zu Aachen im J. 1356 ertheilten, und auf ältere Kaiserliche Begnadigungen sich beziehenden, Appellations-Privelegio (welches *Noppius* in der Aachner Chronik *Lib.* 3. *num* 22. aufbewahrt hat) heißt es:

„Quodsi in aliquibus civitate, oppido, communitate aut villa Imperii ab ista parte circa Alpes Italiae aliqua sententia in judicio per judicem seu scabinos civitatis, oppidi aut villae, fuerit promulgata, a qua ut a nulla seu iniqua ad nostros & Imperii fideles Scabinos Aquisgranenses, & ad competentes praefatae sedis regalis judices legitime provocari contigerit, — tunc Scabini Aquisgranenses, toties quo-

quoties hoc eveniet, suis patentibus literis sigillatis ipsis judicibus & Scabinis, a quibus fuerit appellatum, post quindenam — terminum peremtorium praefigere teneantur, post quem terminum seu diem assignatum ipsi judices, seu Scabini, a quibus appellatum fuerit coram Scabinis Aquisgranensibus, & coram judicio tanquam judicio superiori regalis sedis praedictae in hujusmodi appellationis causa — justitiae complementum recepturi comparere tenebuntur, — nolentes praefatos judices seu Scabinos, a quibus appellabitur, per eorum dominum, aut quemcunque alium, cujuscunque dignitatis — fuerit, quo minus coram Scabinis Aquisgranensibus in hujusmodi appellationum causis appellati compareant, & justitiae complementum recipiant, ut praefertur, perturbari, aut aliqualiter impediri."

§. 7.

Für die damaligen Zeiten, wo die Justizverfassung im Reiche sehr schwankend, und die Entscheidung durch Schiedsrichter allenthalben üblich war, schikte sich der aus-

gebreitete Gerichtssprengel des Schöpfenstuhls zu Aachen ganz wohl.

Durch die Errichtung des Kammergerichts aber mußte hierin nothwendig eine Abänderung entstehen. Daher klagt bereits *Noppius* in der angeführten, 1643 herausgegebnen, Chronik *Lib.* 1. *Cap.* 32. „daß injuria temporum vieler Länder Adpellationssachen an den Schöpfenstuhl zu Aachen vergänglich worden seyn." Eben dies bemerkt *de Ludolff in Comment. system. Append. V. p.* 171 „Hujus judicii angustior est quam olim jurisdictio; ad cameram deferuntur adpellationes plurimae."

§. 8.

In einer von gedachtem Schöpfenstuhl wider die Stadt Aachen wegen der Wahl der Schöpfen beim Reichshofrathe im Jahr 1671 übergebenen, *in Electis juris publ. l. c. pag.* 780 enthaltnen, Deduktion kömmt zwar vor, daß obengedachtes Privilegium von Kaiser Karl dem V. Ferdinand dem I. und Maximilian dem II. bestätigt worden sey.

Da aber aus allem bisher Angeführten erhellt, daß es vorzüglich von der Willkühr der Parteyen abhängt, ob sie an den Schöpfenstuhl zu Aachen appelliren wollen oder nicht, von einer Schuldigkeit hingegen nirgends was

vor:

vorkömmt; da ferner in den Reichsgesetzen von nur gedachtem Adpellations-Zuge ohnehin nichts enthalten ist, und endlich da bereits mehrere Praejudicia cameralia in contrarium vorliegen: So wurde diesem zu Folge in Sachen Joh. Jac. Jerobou ejusque sororis Annae Mar. Jerobou contra viduam Mattha (wo von einem den 14ten Okt. 1782 vom Gerichtshofe zu Tignet eröfneten gravirlichen Urtheil gerade an das Kammergericht, ohne jedoch acta intra trigesimum requirirt zu haben, adpellirt worden war) die kammergerichtliche Jurisdiktion für begründet gehalten, und den 30. Aug. 1783 folgendes Dekret ertheilt:

Loco petitae restitutionis brevi manu citationem ad videndum se restitui adversus lapsum fatalis requirendorum actorum, juncta inhibitione, decernimus, terminum duorum mensium ad insinuandum praefigentes.

Neun-

Neunter Rechtsfall,

über die Frage:

Ob es dem Revidenten, nach versäumter Frist zur Einbringung des Revisionslibells, annoch frei stehe, *ad acta priora* zu submittiren?

I n h a l t.

§. 1 — 4. Vor dem gemeinen Bescheid vom 17. Jul. 1760 hat es hierüber variantes lectiones in praxi gegeben. Nunmehr aber ist die Frage zu verneinen, und in solchen Fällen desertorie zu sprechen.

§. 1.

In Sachen Niederflorstadt wider die Ganerben zu Staden wurde gegen ein am K. K. Gte den 30. Apr. 1779 ergangnes Urtheil Revision ergriffen Revident erklärte sich den 27. Aug. 1779 zur Einbringung des Revisionslibells bereit, suchte hierzu terminum, ließ aber solchen fruchtlos verstreichen, und

und submttirte endlich loco libelli ad acta priora.

§. 2.

Nun stund es zwar revidenti frei, entweder den Libell beizubringen, oder ad acta priora zu submittiren. Da er aber einmal die zu Einbringung des Libells colligirte Frist versäumt hat; so ist die eingelegte Revision für desert zu halten, und dem Anerbieten ad acta priora zu submittiren kein Platz mehr zu geben.

§. 3.

Gleichwohl sollte man dafür halten, daß in einem solchen Fall der Revident weiter nichts, als das Recht gravamina zu deduciren, verlieren müßte; wie *Blum in proc. cam. tit.* 79 § 18 anführt. Auch ist nicht zu verkennen, daß es vor dem gemeinen Bescheid vom 17. Jul 1760 hierüber variantes lectiones in praxi gegeben hat. Dieser verhängt aber hierauf ausdrüklich zu Folge §. 125. J. R. A. das praejudicium desertionis; und da diese Stelle des G. B. im Visit. Schluß vom 6 May 1768 nicht aufgehoben worden ist: So muß sie in judicando zur Richtschnur dienen.

§ 4.

§. 4.

Diesem zu Folge ward in oben bemerktem Fall desertorie gesprochen, und folgendes Urtheil erlassen.

Sent. public. 15. *Dec.* 1783.

In entschiedner Sache der Gemeinde Ober- und Niederflorstadt, auch Stammheim des Gerichts Staden, wider Baumeister, wie auch sämtliche Ganerben, und Amtmann Schatzmann daselbst, adpellationis, nunc revisionis: Ist die durch Notarium Dittmar am 17. August 1779 eingeführte Revision hiermit für desert erklärt, L^to^ Lange aber sein des M^ti^ de exequendo halber geschehenes Begehren n. z. Z. abgeschlagen; sondern L^to^ Haas, um sich auf |172 & 173| specifice vernehmen zu lassen, Zeit 2 Mon. pro term. & prorogat von Amtswegen sub poena praeclusionis angesezt.

Zehn=

Zehnter Rechtsfall,

hauptsächlich über die Frage:

Kann, gleichwie *in causa deserta confirmatorie* gesprochen wird, auch *in causa non devoluta confirmatorie* gesprochen werden?

Inhalt.

§. 1 und 2. Der Richter muß ex officio die exceptionem desertionis suppliren, wenn solche von der Partey übergangen worden ist.

§. 3 und 4. Sind in tali causa deserta die Gravamina erheblich; so bleibt nichts übrig, als desertoriam zu erlassen. Sind aber die Beschwerden unerheblich; so kann, mit Auslassung des Desertionspunkts, confirmatorie gesprochen werden.

§. 5. Dies geht aber nach der Lehre der Cameralisten in causa non devoluta nicht an.

§. 6. Jedoch kann diese Lehre überhaupt nur von dem Falle gelten, wenn die non devolutio ganz offenbar vorliegt. Wenn aber z. B. nur blos qualitas causae, die dabei noch von der Partey nicht

geregt

geregt worden ist, der Devolution entgegen steht; so schlagen die nämlichen Grundsätze an, welche in Ansehung der Desertion gelten.

§. 7 und 8. Praejudicium einer in causa non devoluta, omisso puncto non devolutionis, ergangnen confirmatoriae.

§. 9 — 11. Das beste wäre, wenn in solchen Fällen non devolutoria & confirmatoria zugleich erlassen würde. Der unterliegende Theil erführe hierdurch, daß er weder justitiam causae allein, noch devolutionem allein, sondern beides zugleich zu erweisen habe. Bei den Untergerichten sind dergleichen Urtheile nicht selten, bei dem Kammergerichte aber ungewöhnlich. Indessen ein merkwürdiges neueres Praejudicium, wo desertorie & non devolutorie zugleich gesprochen worden ist. Eben so könnte auch non devolutorie & confirmatorie zugleich gesprochen werden.

§. 1.

Da durch die nach einem versäumten Fatale eintretende Desertion das vorige Urtheil in die Rechtskraft übergeht, und hierdurch die Jurisdiktion des Adpellations-Richters wegfällt; so muß derselbe ex officio auf den Desertionspunkt sehen, wenn auch gleich von der Partey diese Exception übergangen worden ist.

§. 2.

„Adpellatio si est deserta, judex adpellationis non potest pronuntiare super

per causa principali, quia desiit esse judex, etiamsi utraque pars adpellationem prosecuta fuerit de facto, sed debet pronuntiare, adpellationem esse desertam; ita observatum in Causa N. N. 25. Apr. 1550."

Comm. ad O. C. P. 2. *tit.* 30. *Num.* 35. 36. Auch melden eben diese Comm. ad P. 2. tit. 28. num. 45. 46. eines andern Falls, wo die exceptio desertionis ex officio supplirt, und die Sache für desert erklärt worden ist.

Eben so behauptet *Gail Lib.* 1. *Obs.* 137. *num.* 1.

„Adpellatione deserta, judex adpellationis super principali causa, etiamsi partium consensu accedente, cognoscere & pronuntiare non potest, quia jurisdictio ipso jure revolvitur ad judicem a quo. Cessante igitur jurisdictione, cessat officium judicis, & secunda sententia tanquam ab incompetente judice propter desertionem & sic ob defectum judicis prolata non valeret. Debet ergo judex adpellationis, etiam ex officio, parte non opponente, super desertione pronuntiare."

Und hiermit kommen

Mynsinger Cent. 2. *Obs.* 59.

Roding Lib. 1. tit. 32. §. 4. 35-57.
& ibi. allegati Klock, Gylmann, Meichsner.
de Ludolf obs. 76, idem in comm. system. de jure cam. num. 23.
de Cramer in Obs. tom. 1. pag. 263.
kurz alle cameral=Schriftsteller überein.

§. 3.

Sie nehmen aber auch beinahe alle den Fall aus, wenn die Materialien der Sache so geartet sind, daß das vorige Urtheil bestätigt werden müßte.

Hiervon sagt *Gail l. c. num. 2.*

„Limitatur ista observatio singulariter, ut non procedat, si sententia, a qua adpellatum, confirmanda esset, puta, quando de injustitia adpellantis ex actis prioribus constaret, & a parte adversa desertio non sit allegata, quo casu judex adpellationis potest, si vult, desertione non attenta, in principali causa pronuntiare, & sententiam a qua confirmare. Expedit adpellato propter restitutionis beneficium, ut in causa principali pronuntietur: nam adpellans post desertionem ex legitimis impedimentis restitutionem petere, atque hoc facto exe-

executionem sententiae principalis differre posset. Licet enim deserta adpellatione jurisdictio illico ad judicem a quo revertatur, tamen officium judicis adpellationis quoad restitutionem adhuc superest, is enim de restitutione fatalium cognoscere potest. — Postquam sententia ob desertionem in rem judicatam transiit, judex adpellationis non male facit, si confirmet sententiam jam inde a tempore desertionis ipso jure confirmatam &c. & ita Camera observat, uti in causa Pfefferin contra Grüning, item in causa Hecker contra Reckberg & in causa Comitis de Manderscheidt contra de Reiffenberg. Et haec sunt observatione dignissima.

Eben so denken

Blum in proc. cam. tit. 55. *num.* 19. 20.
Bocken ad Blum. cit. loco.
Roding loco alleg.
Klock relat. 20. *num.* 8. *& seq.*
de Ludolff obs. 77. *pag.* 167. und endlich *L. B. de Cramer in observ. tom.* 1. *pag.* 263.

Lezterer in verbis:

„Propter desertionem jurisdictio supremi judicii quidem fundata non est,

adpellatus vero prorogat jurisdictionem, sicque re ipsa nec judici a quo injuria fit, confirmando sententiam in causa principali latam, justitiamque promovendo, praescisa restitutione in integrum, quam pars adpellans post desertionem adversus lapsum fatalium adhuc petere potest, cum quoad hanc officium judicis superioris adhuc supersit; atque ita in causa Jüdin Besle contra Obernöder confirmatorie, abstrahendo a capite desertionis, 21ma Maji 1756 pronunciatum."

§. 4.

Das Kammergericht pflegt also, zur Vorbeugung der Restitutionsgesuche, nicht ohne Erwägung der Hauptsache selbst ad desertoriam zu schreiten, und solche alsdann zu erlassen, wenn reformatorie gesprochen werden müßte; wenn hingegen die Gravamina erheblich sind, omisso articulo desertionis confirmatorie zu sprechen.

§. 5.

Was aber den Casum non devolutionis betrift, so lehrt *Roding cit. loco* §. 41:

„Secus est in non devolutione; ubi enim jurisdictio superioris judicis omnino

omnino fundata non est, sententia prior confirmari non potest.“

Ihm folgt *Bocken ad Blum. tit.* 55. *num.* 20, indem er sagt:

„In casu tamen non devolutionis Camera de causa principali nullatenus pronuntiat, licet sententia prior confirmanda foret, idque ob omnimodam jurisdictionem cessantem.

Und dahin ist auch *Mynsinger Cent.* 3. *Obs.* 89. zu verstehen.

§. 6.

Indessen kann diese Lehre überhaupt nur von dem Falle gelten, wenn die non devolutio ganz offenbar vorliegt. Wenn aber z. B. nur blos qualitas causae der Devolution entgegen steht, auf welche Qualität der Sache sich weder der adpellatische Theil noch der Unterrichter berufen; so schlagen die nämlichen Grundsätze an, welche in Ansehung der Desertion geäußert worden sind.

§. 7.

Dies war der Fall in einer von Hamburg per adpellationem ad Cameram gebrachten merkantil-Sache: Trummer contra Roosen mandat. nom. v. Egmondt, worin den 11ten Apr. 1783 confirmatorie gesprochen ward.

§. 8.

Weder der Adpellat noch der Unterrichter hatten sich auf das privilegium Hamburgense, vermöge wessen alle Mascopey, Wechselen, und sonstige merkantil-Sachen völlig inadpellable sind, im mindesten berufen.

Der Senat nahm ex officio hierauf Rüksicht, sprach jedoch nicht non devolutorie, obschon er die non Devolution anerkannte, und würde nur so gesprochen haben, wenn sich bei der Prüfung der Materialien die Beschwerden gegründet befunden haben würden; so aber da die sämtlich-aufgestellten Gravamina unerheblich waren, ward (nach den nämlichen in Ansehung der Desertion oben geäußerten Grundsätzen) omisso puncto non devolutionis confirmatorie gesprochen.

§. 9.

Sehr gut wäre es, wenn in solchen Fällen non devolutoria & confirmatoria zugleich erlassen würde. Bei den Untergerichten sind solche Urtheile nicht selten. Der unterliegende Theil erfährt hierdurch, daß ihm weder die restitutio contra non devolutionem allein, noch auch ein Restitutions-Gesuch ex novis documentis allein, etwas helfen könne, sondern daß er beides zugleich,

devo-

devolutionem & justitiam causae, zu beweisen habe.

§. 10.

Allein bei dem Kammergerichte ist diese Praxis nicht hergebracht. *Mynsinger* lehrt so gar *Cent.* 5. *Obs.* 3:

„Concurrentibus causis desertionis & non devolutionis semper pronunciandam esse sententiam non devolutoriam.“

In Contrarium hiervon existirt jedoch ein merkwürdiges neueres Praejudicium in Sachen v. Dürkheim contra dessen Unterthanen zu Boosen, worin wirklich den 28ten Sept. 1779 desertoria & non devolutoria zugleich erlassen worden ist.

§. 11.

Von der Existenz eines kammergerichtlichen Urtheils aber, wodurch non devolutorie & confirmatorie zugleich gesprochen worden wäre, ist nirgends etwas bekannt. Indessen ist durch das eben erwähnte merkwürdige Urtheil hierzu der Weg gebahnt, um zu Folge dieses Praejudicii auch non devolutoriam cum confirmatoria zu verbinden, welches (wie schon vorgekommen ist) von gutem Nutzen seyn könnte.

Elfter

Elfter Rechtsfall,

über die Frage:

Kann in dem Falle, wenn einer Lehen in Anspruch nimmt, die in verschiedner Reichsfürsten Ländern gelegen sind, *ex capite continentiae ratione rerum & generalitatis actionis* die kammergerichtliche Jurisdiktion begründet werden?

Inhalt.

§. 1 — 14. Rechtsfall.
§. 15 — 18. Gründe pro affirmativa.
§. 19. Gründe pro negativa.
§. 20. Decretum dahin: daß die Jurisdiktion nicht fundirt, und die Sache an die Behörden zu verweisen sey.
§. 21 u. 22. Jedoch Praejudicia in contrarium, denen die Nachfolge eher zu wünschen wäre.

Factum.

§. 1.

Das adliche Geschlecht von Dernbach besaß in ältern Zeiten nebst dem Stamm=

Stammhaus Dernbach, das von Hessen Darmstadt zu Lehn rührte, das Haus Wiesenfeld als Pfandschaft, und verschiedne fürstl. Nassau = Weilburg = Usingen = Saarbrücken= und Dillenburgische Mannlehnstücke.

§. 2.

Konrad von Dernbach brachte diese Lehen auf seinen Sohn Philip, dieser auf Hans Albrecht, der zwei Söhne, Hans Philip und Hans Georg, hinterließ, die 1622 gemeinschaftlich von dem Hessen Darmstädtischen sowohl, als von den Nassauischen Lehnhöfen belehnt wurden.

§. 3.

Diese Gemeinschaft der Lehen, die so oft unter Brüdern Uneinigkeit gestiftet hat, störte auch hier die beiden Brüder Hans Philip und Hans Georg von Dernbach in dem ruhigen Genusse der väterlichen Erbschaft.

§. 4.

Die entstandnen Streitigkeiten bewogen sie, eine Haupterbtheilung vorzunehmen, die 1629 durch Vermittelung der fürstlichen Kanzlei zu Marburg zu Stande kam.

Hans Philip von Dernbach der älteste Bruder erhielt das Haus Wiesenfeld mit dessen Zubehörungen der Gerechtigkeiten; der

jüngere Bruder Hans Georg das Stammhaus Dernbach samt Zubehörungen und Gerechtigkeiten. Dabei ward bedungen, daß jeder seinen Theil für den seinigen besitzen, und von des andern Antheil abgewiesen, seyn solle, jedoch dem Lehnsfall auf Hans Georg von Dernbach Lehns-Erben Abgang unabbrüchig.

§. 5.

Die übrigen Lehensstücke wollten die Schiedsfreunde durch das Loos theilen. Da aber der ältere Bruder hierzu keinen Lusten bezeigte, und vielmehr seinen Antheil dem jüngern Bruder zum Kauf anbot; so ward beschlossen, daß dieser hierfür 9000 fl. entrichten solle.

Dabei ward ferner bedungen, daß der ältere Bruder in der gesammten Belehnung gelassen, und in die Lehnbriefe mit eingesezt werden solle; wogegen er aber auch seiner Zeit, nach Abgang seines jüngern Bruders Mannstamm, wenn die Lehen auf ihn oder seine Erben zurükfallen sollten, den Allodialerben seines jüngern Bruders den Kaufschilling zu 9000 fl. zurük zu geben habe.

§. 6.

Beide diese Brüder sind nun Stammväter zweier Linien geworden, die nach ihnen ei-

ne die Georgische und die andere die Philippinische, oder auch die ältere und jüngere Linie, genennt werden können.

Der Mannstamm der Georgischen, nämlich der jüngern Linie verblühte mit Ludwig Christian von Dernbach, fürstl. Hessen Kasselischen Hauptmann, im Jahr 1748.

§. 7.

Hierauf wurden von sämtlichen Lehnhöfen die Dernbachische Lehen als heimgefallen eingezogen. Von der Philippinischen Linie war damal am Leben Urban Rheinhard von Dernbach, und dessen Neffe Ludwig Karl August Rheinhard, wie auch ein Vetter Ulrich Friedrich Amand Wilhelm Max von Dernbach.

§. 8.

Urban Rheinhard der älteste und proximior gradu, der zwei Brüder gehabt hatte, die aber mit Tode abgegangen waren, muthete bei sämtlichen Lehnhöfen die von der ausgestorbenen jüngern Dernbachischen Linie über 100 Jahre besessene verschiedne Lehen.

§. 9.

Der Hessen Darmstädtische Lehnhof ertheilte zur Resolution, daß das jus succedendi in feudum vorerst besser bewiesen werden solle.

Der

Der gemeinsame Lehnhof Nassau Weilburg, Usingen, und Saarbrücken gab auf wiederholte Vorstellung zur Antwort, daß der bei dem Lehn-Directorio zu Weilburg bereits angefangne Prozeß fortgesezt werden solle, und von dem Lehnhofe zu Dillenburg wurde Bescheinigung gefodert, wann und wie lang Urban Rheinhard, und seine beiden verstorbenen Brüder, abwesend und in Kriegsdiensten gewesen, wie auch, wenn jeder von ihnen gebohren und gestorben sey.

§. 10.

Die von dem fürstl. Dillenburgischen Lehnhof verlangte Bescheinigung stellte Urban Rheinhard von Dernbach, und zeigte dadurch, daß er, und seine verstorbenen Brüder, ganz jung in Kriegsdienste getreten seyen. Es erfolgte hierauf aber keine weitere Resolution; und durch die Aufgaben der übrigen Lehnhöfe, vorzüglich des gemeinsamen Weilburger Lehnhofs, ward die Sache sehr in die Länge gezogen, so daß Urban Rheinhard im Jahr 1757 verstarb, ohne dieses weit aussehende Geschäft berichtigt zu haben.

Ihm folgte als Prätendent Ludwig Karl August Rheinhard von Dernbach, der aber eben so, ehe die Hindernisse überstiegen, und die Lehnsansprüche seiner Linie ausgetragen waren, mit Tod abging.

§. 11.

§. 11.

Nunmehr trat Ulrich Friedr. Amand Wilh. Max v. Dernbach auf, und muthete im J. 1769 die befragten Lehen bei sämtlichen Lehenhöfen.

§. 12.

Der Hessen Darmstädtische ertheilte am 11ten May 1770 zur Resolution:

„daß Supplikant, ungeachtet des beigebrachten Schematis genealogici, und des alten Lehnbriefs, sich noch zur Zeit keines weegs zu einer neuen Lehnsmuthung der im J. 1748 als apert eingezogenen von Dernbachischen Lehen hinlänglich qualificirt habe; daher man ihn mit seinem angesonnenen Suchen novae investiturae gleich seinen zwei Vorgängern, annoch vor der Hand, und falls er ein gegründetes Successionsrecht zu haben vermeine, solches in via juris mit dem fürstl. Lehnsfiskal besser und gründlicher, als bisher geschehen, vorerst auszuführen anweise.“

Supplikant wandte sich hierauf an den H. Landgrafen selbst, und stellte unter andern vor, daß er unvermögend sey, solche weitaussehende kostspielige Prozesse zu führen; erhielt aber keine Antwort.

§. 13.

Bei dem Lehnhof zu Weilburg war man zu einem Vergleiche geneigt, erklärte aber zugleich,

gleich, daß man von den Dernbachischen Lehen nur allein den Grambacher Zehnden besitze; sohin die übrigen abgekommenen Lehns-Parzelen bei den dermaligen Inhabern nachzusuchen seyen. Die übrigen Nassauischen Lehnhöfe aber fanden das Ansuchen des Friedrich Max v. Dernbach nicht einmal einer Antwort würdig.

§. 14.

Hierauf kömmt nun dieser an das Kammergericht, und bittet gegen die fürstlichen Häuser Nassau Weilburg, Usingen, und Saarbrücken, sodann Nassau Dillenburg, und Hessen Darmstadt, citationem ad videndum extrahi chartas & documenta necessaria, nec non audiendum se condemnari ad restitutionem bonorum feudalium via facti ablatorum, cum fructibus perceptis & percipiendis, omnique causa, damno, interesse & expensis, zu erkennen.

Quoad materalia, belegt er die Gerechtigkeit seiner Sache mit sehr scheinbaren Gründen. Quoad jurisdictionem cameralem, will er diese ex continentia causae tam personarum quam rerum begründen, weil 1) vorliegende Sache verschiedne Lehenhöfe betreffe, 2) die befragte Lehen in verschiedner Herren Länder gelegen seyn, und

3)

3) eodem remedio gegen diese sämtliche Lehnhöfe geklagt werde.

Beurtheilung über den erzählten Fall.

§ 15.

Ob nun die kammergerichtliche Jurisdiktion hier ex continentia causarum fundirt werden könne; darüber fielen bei dem Vortrage der Sache die Stimmen verschieden aus. Diejenigen, welche die Jurisdiktion für begründet hielten, führten solches mit folgenden Gründen aus:

Es sey zwar bei *Roding in Pand. cam. Lib. tit.* 17. §. 25 zu finden, daß in Lehnsachen, wenn die Lehen von mancherlei Herren herrühren, continentia causae keinen Platz habe, verbis:

„In feudis, quae a diversis dominis recognoscuntur, continentia haec multo minus obtinet, quia quotquot eorum sunt, singuli tamen domini inter suos vasallos jurisdictionem habent limitatam, quam Vasallus sequi tenetur."

Ferner sey in der neuesten Kais. Wahl-Capitul. Art. 21. §. 1 so wie auch in den beiden vorhergehenden deutlich verordnet, daß die Stände des Reichs bei ihren lehnsherrlichen Befug-

fugnissen, auch Gerichtsbarkeit, in den nach Lehnrecht dahin gehörigen Fällen nicht beeinträchtigt, auch ihnen darin von den Reichsgerichten sub praetextu continentiae causarum nicht eingegriffen werden solle *).

Doch treffe dieses den vorliegenden Fall nicht, weil sämtliche Lehnhöfe den als Kläger auftretenden H. von Dernbach als Vasallen nicht anerkennten, und dieser also an keinem Lehnhofe pares Curiae antreffe.

§. 16.

Ratione rerum & generalitatis actionis sey hier vera continentia causarum vorhanden. Es komme ferner nicht darauf an, wo allenfalls der größte Theil der angesprochnen Lehngüter gelegen, um an diesen Lehnhof die Sache zu verweisen, da nach Freih. von Cramers Zeugnis *in observ. tom. II. observ.* 490 bei dem Kammergerichte hierauf nicht gesehen werde.

§. 17.

*) Hierüber ist des Freih. v. Cramers Observatio 144 nachzulesen, worin jene Stelle der Wahlcapitulation treffend erläutert, und mit den einleuchtendsten Gründen behauptet wird, daß in casu verae continentiae causarum feudalium, non obstante hoc artic. Capitul., die kammergerichtliche Jurisdiktion für gegründet zu halten sey. Videatur quoque von Cramers Systema processus Imperii §. 164.

§. 17.

Indessen da hier die Klage wider mehrere Fürsten des Reichs gerichtet sey; so könnte die Frage entstehen. Ob nicht der Kläger durch ein Vordekret anzuweisen sey, vorerst zu versuchen, ob die Beklagten sich eines gewissen Richters zu Folge des Deput. Abschieds von 1600 §. 23. vergleichen könnten.

Denn an dieser Stelle, die in das C. der K. G. O. Th. II. Tit. 9. eingetragen ist, wird verordnet, daß, wenn wieder zwei oder mehrere Consorten, deren jeder seine besondern Austräge habe, alsbald in Camera supplicirt würde, sodann in solchem Fall, da sich ex narratis continentia causae entdecke, und die Parteyen sich eines endlichen und gewissen Richters nicht vergleichen könnten, vom Kammergerichte Processe erkannt werden sollen. Woraus dann der Schluß folgt, daß im Falle, wenn die Parteyen sich eines endlichen und gewissen Richters vergleichen könnten, instantia austraegalis Platz greifen müsse.

Dies scheine auf gegenwärtigen Fall um so passender zu seyn, als sämtliche Beklagte Fürsten des Reichs und in Ansehung der Austräge durchgehends die nämlichen seyen.

§. 18.

Allein nach *de Ludolff in observat. ob-*

serv. 25. und Freih. v. Cramers Nebenst. Th. 66. Abh. 9. §. 9. sey diese Disposition bisher bei dem Kammergerichte nicht beobachtet worden, und würde auch bei Administration der Justiz auf weit aussehende Umwege leiten.

„Cum enim causae continentia non tantum in favorem reorum sed & actorum, imo ex publica utilitate pro litibus abbreviandis recepta & introducta, & actoris intersit, ut apud superiorem judicem, missa austraegarum, quam interdum habent, difficultate, statim agat, optima ratione placuit dominis cameralibus, continentiam causae hic habere locum.“

Mindanus de contin. caus. Lib. 3. *cap.* 4. *num.* 8.

Die kammergerichtliche Jurisdiktion sey daher für begründet zu halten, sohin, da materialia ebenfalls gut gegründet zu seyn schienen, die gebetene Citation zu erkennen.

§. 19.

Majora aber waren puncto jurisdictionis der entgegengesezten Meinung, und gaben der continentiae causarum keinen Plaz, weil sämtliche Beklagte ejusdem ordinis seyen, und einerley vias austraegarum hätten; sodann weil jeder Lehnhof be-

son-

sondere exceptiones haben werde; da jeder einen verschiednen Bescheid ertheilt, auch diverse Lehnfolgen nach diversen principiis decidendi betrachtet werden müsten; und endlich weil Supplikant sich als ein vormals infeudirter Vasall darstelle, und also, wenn gleich de feudo adquirendo erst die Frage sey, dennoch causa quodammodo feudalis scheine.

§. 20.

Worauf dann den 27ten Oct. 1783 das Dekret erfolgte:

Abgeschlagen, und wird Supplikant an die Behörde verwiesen.

Eben so ist auch vor einigen Jahren in einem ganz ähnlichen, das Fürstl. Haus Stollberg betreffenden, Falle die Sache damals von hier ab: und an die Behörde verwiesen worden.

§. 21.

An praejudiciis in contrarium mangelt es inzwischen auch nicht, denen jedoch aus sehr einleuchtenden Gründen die Nachfolfolge eher zu wünschen wäre. Ein besonders merkwürdiges hierüber existirt in causa Metternich contra Metternich. Die strittige Erbschaft bestand aus Allodialstücken, welche in ritterschaftlichem Gebiet gelegen, und aus Lehngütern, welche theils von Kur

Pfalz, theils von Kur Trier, theils vom Kur Kölln zu Lehn rührten. Die Erben klagten bei einem jeden Lehnhof insbesondere, aber auch jeder urtheilte in der Sache verschieden. Kur Pfalz manutenirte den von Schmidburg als Metternichischen Erben, Kur Trier sprach für die weiblichen Erben eines Metternichischen Sohns gegen den von Schmidburg, und Kur Kölln wollte vor der Hand für keinen Theil erkennen, sondern verfügte eine Sequestration.

§. 22.

Kein Lehnhof konnte nun die Verfügung des andern ändern, und die Verwirrung heben. Sie erkannten demnach selbst die Unthunlichkeit, in solcher Lage auf ihrem foro zu beharren, und ließen gerne geschehen, daß sich die Parteyen zum Austrag ihrer Sache an das Kammergericht wendeten, welches auch seine Gerichtsbarkeit aus der vorliegenden continentia causae für gegründet hielt, und die Processe erkannte.

Zwölf-

Zwölfter Rechtsfall,

hauptsächlich über folgende Frage:

Ob der vor der Acceptation eines Wechsels ausgebrochne Conkurs und *Dolus* des Trassanten den Trassaten von der Verbindlichkeit befreie, dem Indossaten den Wechsel zu bezahlen, sohin in solchem Falle der Trassat sich mit *exceptionibus doli, nullitatis, compensationis, & non impleti contractus* schützen könne?

Inhalt.

§. 1 u. 2. Es steht in der Willkür desjenigen, der einen acceptirten Wechsel in Händen hat, bei nicht erfolgter Zahlung entweder den Wechselaussteller oder den Acceptanten zu belangen.

§. 3 — 10. Rechtsfall, worin die Entscheidung der oben ausgeworfnen Frage vorkam. Die von den Acceptanten entgegengesezte Exceptiones doli, nullitatis, compensationis, & non impleti contractus konnten, als ex persona tertii (des Wechselausstellers) hergenommen,

gegen die Wechselsinhaber nicht wirken. Ausführung hierüber.

§. 11 u. 12. Prüfung jeder entgegengesezten Exception insbesondere. Der Dolus des Trassanten war nicht hinlänglich erwiesen; und wäre er es auch, so könnte dies doch dem Acceptanten gegen den Indossatarium nichts nuzen, wenn lezterer an dem Betrug keinen Antheil hat.

§. 13 — 25. Prüfung der Exceptionis nullitatis. Die Acceptanten wollten sie damit begründen, weil 1) der Trassant zur Zeit der Ausstellung schon insolvent gewesen, und weil 2) nach einem statutarischen Geseze des Ortes, wo die Wechsel ausgestellt worden, alle Wechsel, die 40 Tage vor ausgebrochenem Falliment ausgestellt worden, ungiltig seyen. Beides hatten sie nicht erwiesen. Wäre aber auch beides richtig; so hätte den Acceptanten diese Einwendung doch nicht geholfen. Selbst auch alsdann, wenn der Trassant vor Ausstellung des Wechsels schon fallirt hätte, ist der Acceptant von der durch Acceptation übernommenen Verbindlichkeit nicht befreit; und in Ansehung der besondern Statuten kömmt es nicht auf diejenigen Orts, woher der Wechsel geschikt worden, sondern auf jene des Orts, wohin er bestimmt war, und wo er acceptirt worden oder werden sollte, an.

§. 26 — 32. Prüfung der beiden übrigen Exceptionen, compensationis, & non impleti contractus. Schlußfolge, daß alle in Frag gestellte Exceptionen die Acceptanten von der Verbindlichkeit die Wechsel zu bezahlen nicht befreien konnten; & sententia, wodurch sie zur Entrichtung der eingeklagten Wechselschuld, condemnirt worden sind.

§. 1.

§. 1.

Derjenige, der einen acceptirten Wechsel in Händen hat, kann bei nicht erfolgter Zahlung sein Recht sowohl gegen den Acceptanten, als gegen den Wechselaussteller, geltend machen, so daß es seiner freien Willkür überlassen ist, welchen von beiden er deswegen zu belangen für gut findet.

§. 2.

Gewöhnlich ist es zwar, daß der Wechselinhaber sich an den Aussteller hält, wie *Heineccius in elem. juris camb. Cap. 6. §. 5.* sagt; allein in der Note sezt er hinzu:

„Potest tamen existere casus, ut quis adversus trassatum vel acceptantem, quam adversus trassantem agere malit, si scilicet posterior acceptato jam cambio foro cesserit. Tunc enim quia inanis adversus illum actio esset futura, ipsae prudentiae regulae suadent, ut quis potius adversus acceptantem experiatur, quippe qui tenetur sive spes sit recuperandae pecuniae sive non.“

Mit diesen Grundsäzen stimmt *Franke in instit. juris camb. L. 1. S. 3. tit. 12. §. 2.* überein, so daß er §. 3. sagt:

„Licita quoque est variatio, adeoque acceptans post protestationem tenetur, nec ea interposita dimissus censetur, imo nequidem per litiscontestationem; nec fruitur (fährt er §. 4. fort) beneficio excussionis; Und §. 6 nec solutio ab acceptante postulata aut actio eidem intentata extinguit jus revertendi ad proximum ceterosque auctores, vicissim ad acceptantem reverti licet ab iis per quos cambium accipimus“

Alles dieses bestätigen *Ludovici* im Wechselproceß *C.* 4 §. 57 *L'Estocqs* Einl. zum Wechselrecht § 39 *pag.* 73 u. 87. *Span* Wechsel R. *C.* 10 §. 105.

§. 3.

So waren in Sachen *Germeau* und *Imhaus* contra Wittib *Jurant* & comp. mandatario nomine *la Place* zu Madrid und in Sachen *Germeau & Imhaus* contra *de l'Horme Salet & comp.* worin die Prozesse per adpellationem an das Kammergericht gekommen sind, die Adpellanten *Germeau* und Imhaus als Acceptanten einiger auf sie gezognen Wechsel, deren Aussteller inzwischen fallirt hatte, von den Adpellaten (den Wechselsinhabern) belangt worden.

§. 4.

Ausser andern Exceptionen, deren ich nicht

nicht erwähne, weil sie auf die Erörterung der oben ausgeworfenen Frage keinen Einfluß haben, wollten sich die Beklagten (nun Adpellanten) Germeau und Imhaus 1) mit der except. doli, 2) nullitatis, 3) compensationis, und 4) non impleti contractus schützen.

§. 5.

Wirklich scheinen diese Exceptionen aus folgender kurzen Geschichte der Sache selbst hervorzuleuchten:

Die Adpellanten *Germeau* und *Imhaus*, Handelsleute und vermuthlich Tuchfabrikanten zu Aachen, machten Geschäfte, die in Tuch- und Spannischer Wolle Handel bestanden, mit dem Kaufmann *Senmartin* zu Madrid. In der Mitte des Jahrs 1774 hatten Adpellanten an *Senmartin* 63606 Realen 14 Maraved. zu gut.

Den 9ten Jul. ged. Jahrs machten sie Bestellungen bei ihm auf eine ansehnliche Partie Wolle. In dieser Zeit war er jedoch schon, nach seiner eignen nachherigen Aussage, über mehrere aus Frankreich mit Protest zurükgekommene Wechsel in Verlegenheit.

Dennoch versprach Senmartin in seiner Antwort vom 28. Jul. des nämlichen Jahrs den Adpellanten eine Partie Wolle, deren

Werth er auf 152600 Realen bestimmte, und versicherte, daß sie den 30 Jul. abgeschikt werde; zugleich zog er auf die Adpellanten 4 Wechsel, welche zusammen 50139 Realen 28 Maraved. betragen, und wovon diejenigen, welche an die Ordre der Adpellaten ausgestellt waren, den Gegenstand des vorliegenden Prozesses ausmachen.

Die Wechsel wurden von den Adpellanten am 26ten Aug. 1774 acceptirt; *Senmartin* aber hielt sein Wort, die versprochene Partie Wolle zu überschiken, nicht, oder vielmehr er konnte sein Versprechen nicht halten, indem er noch am nämlichen Tage, an welchem *Germeau* und *Imbaus* in Erwartung der Wolle die Wechsel acceptirt hatten, zu Madrid wegen ausgebrochnen Falliments in Arrest gesezt ward.

§. 6.

Man sieht aus dieser kurzen Erzählung, daß den Adpellanten die oben erwähnte Exceptionen leicht zukommen mögen. Allein sie gelten alle nur gegen den *Senmartin*; als exceptiones ex persona tertii können sie den Wechselsinhabern (den Adpellaten) nicht entgegengesezt werden.

Franke l. c. L. 2. S. 4. t. 6. §. 5.

§. 7.

§. 7.

Die Appellanten behaupteten zwar, daß die Appellaten Cessionarii des Trassanten wären, daß ihnen mithin alle die Exceptionen, welche gegen den Cedenten, Mandanten oder Autorem giengen, ebenmäßig entgegen stünden.

Nach gemeinen Rechten ist dieses richtig, und daher stimmen auch verschiedne, unter andern selbst *Ludovici*, dieser Meinung bei. Es ist aber ein Unterschied zu machen, ob der Indossatarius bloßer Mandatarius, Procurator in rem alienam — oder ob er durch die bezahlte valutam wirklicher Eigenthümer, Procurator in rem suam, geworden sey. Dem bloßen Mandatario, der mit seinem Mandanten als eine Person betrachtet wird, stehen alle Einreden entgegen, die dem Autori gemacht werden können; nicht so aber dem Eigenthümer.

Heineccius l. c. C. 2. §. 10.
Franke l. mox cit.
Siegel Wechsel R. §. 14.
Span l. c. C. 6. §. 37.
Beck Wechsel R. C. 6. §. 5.

§. 8.

Die Appellanten behaupteten daher ferner, die Appellaten hätten für die von dem

Sen-

Senmartin erhaltne Wechsel keine valutam gegeben, wodurch sie dieselben also entweder zu bloßen Mandatariis machen, oder ihnen in effectu die exceptionem non numeratae pecuniae entgegensetzen wollten.

Senmartin hatte wirklich in dem zu Madrid abgehaltnen Verhör gestanden, daß er von den Indossatariis kein baares Geld empfangen, sondern denselben die Wechsel auf seine Schuld hingegeben habe. Wenn er aber den Indossetariis schuldig gewesen ist, (welches nicht bestritten wurde) und die Wechsel in Zahlung gegeben hat; so hatte er die valutam effective erhalten. Dies war auch nicht nötig, „cum (wie *Franke l. c. L.* 1. *S.* 1. *t.* 8. §. 11. sagt) regulariter nihil intersit, utrum valuta simpliciter, an numerata, an alia ratione e. g. mercibus, ratiociniis soluta scribatur."

§. 9.

Bei Erklärung der in Wechseln erwähnten Valuta ist auch die Absicht niemal auf den Trassaten gerichtet; denn diesem kann es einerlei seyn, was der Ausgeber des Wechsels für einen Beweggrund zu trassiren gehabt habe. (*Siegel l. c* §. *6. in nota.*) Daß aber die Valuta geborgt sey, wird nicht vermuthet. (*Span l. c.* C. 5. §. 30.)

Hier=

Hierdurch fällt gleichfalls die exceptio non numeratae pecuniae, wenn sie die Adpellanten etwa Namens des *Senmartin* opponirt haben wollten, hinweg. Viele Wechsel-Rechtslehrer lassen diese Exception gar nicht zu, weil sie der Natur des Wechselrechts und dessen Absicht, der Begünstigung des Handels, entgegen seyn würde, indem sie nach dem ihr in jure ertheilten privilegio den Beweis auf den Kläger wälzet.

Alle Authoren aber, die sie in dem Wechsel Rechte zulassen, sind darin einig, daß der sie opponirende Beklagte dieselbe auf der Stelle erweisen müsse.

Vogt de cambiis thesi 7. *pag.* 121. *seq.*
Ludovici l. c. C. 11. §. 30.
Franke l. c. L. 2. *S.* 7. *t.* 10. §. 15.
Span l. c. C. 17. §. 117.
L' Estocq l. c. C. 3. §. 11.
Beck l. c. C. 2. §. 3. *num.* 58. *seq.* *&* C. 6. §. 4.

§. 10.

Da sich nun aus dem bisher vorgekommenen ergiebt, daß die erwähnten, von den Adpellanten vorgebrachte Exeptionen, überhaupt als ex persona tertii hergenommen, gegen die Wechselsinhaber nicht wirken können; So wäre dies schon genug, um die oben-

oben ausgesezte Frage negative zu beantworten, und das in der Sache ergangne Urtheil, wodurch die befragten exceptiones verworfen, und die Adpellanten zur Bezahlung der Wechsel condemnirt worden sind, hinlänglich zu begründen. Eine einzelne Beleuchtung jeder dieser Exceptionen ins besondere wird jedoch die in dem erzählten Falle ertheilte Entscheidung in ein noch helleres Licht setzen.

§. 11.

Die erste Einwendung, exceptionem doli nämlich leiteten die Adpellanten daher, weil *Senmartin* sie durch das falsche Versprechen der zu übersendenden Wolle zu Acceptirung der Wechsel betrüglich verleitet habe.

Es ist aber damit, daß *Senmartin* die Wolle wirklich nicht abgeschikt hat, noch nicht erwiesen, daß er dieselbe betrügerischer Weise nicht habe abschicken wollen, und die Adpellanten nur zu induciren getrachtet habe. Er hatte in dem Verhör keine dolose Absicht eingestanden, sondern nur gesagt, daß er sein Versprechen nicht habe halten können, indem er den 26. Aug. schon arretirt gewesen sey. Es ließ sich also wohl hören, was die Adpellaten hierüber äußerten, daß *Sentmartin* vom Falliment überrascht worden, und also kein dolus zu folgern sey.

§. 12.

Wäre aber auch der dolus des Trassanten erwiesen; so nuzt dieses doch dem Acceptanten nichts.

„Nec liberat error in acceptando commissus aut defectus speratae provisionis, aut dolus per quem acceptatio elicita fuit, absque fraude possessoris.“

sagt *Franke l. c. L.* 1. *S.* 3. *t.* 3. §. 18. und läßt nur dann diese ex persona tertii herrührende Exception zu, „si in cessione subest dolus, cujus particeps est cessionarius.“ (*L.* 2. *S.* 4 *t.* 6. §. 7.)

Hiermit stimmt auch *Beck l. c. C.* 6. §. 2. *num.* 17. 18. überein, und bei *Vogt l c. pag.* 179 sagen die gesammten Kaufleute der Stadt Frankfurt in einer Bittschrift an den Magistrat:

„Da wider ihn (den Acceptanten) auch nicht ein dolus expressus schützen könnte; dann es sonsten einen continuirlichen Streit setzen würde bei den Fallimenten, da ein jeder einen dolum, wenn er zahlen sollte, würde beibringen wollen, und also mehr Confusion bei diesem puncto erreget, als damit verhütet werde; dann ein jeder billig auf seinen Mann zu sehen hat, wem er trauet,

da=

damit nicht durch eines übeln Aufsehers Trauen ein tertius gravirt werde."

§. 13.

Die andere exceptionem nullitatis nämlich, wollten die Appellanten damit begründen, weil der Aussteller zur Zeit der Ausstellung schon insolvent gewesen, und nach Spanischen Rechten auch ein 40 Tage vor ausgebrochnem Falliment ausgestellter Wechsel nichtig seye, aus beiden Gründen also *Senmartin* nichts mehr habe erwerben, noch die Acceptanten den contractum mandati durch ihren consensum mediante acceptatione expressum nicht mehr hätten perficiren können.

Um diese Exception darzuthun, hätten die Appellanten entweder, daß *Senmartin* den 28 Jul., als am Tage der Ausstellung, schon fallirt gewesen, oder das Spanische Statutum erweisen müssen.

Ueber ersteres hatten sie den Beweis nicht geführt. Erst den 26 Aug war *Senmartin* arretirt worden; also einen Monat nach Trassirung der Wechsel. Daß er zu jener Zeit wegen der aus Frankreich mit Protest zurükgekommenen Wechsel in Verlegenheit gewesen ist, dies beweist noch nicht, daß er damals schon fallirt gehabt habe.

§. 14.

§. 14.

Das allegirte Spanische Statutum leugneten die Adpellaten, wenigstens räumten sie es nicht ein, und die Adpellanten hatten solches mit nichts bescheinigt. Hätte es aber auch seine Richtigkeit; so konnte es gleichwohl der adpellantischen Intention nichts helfen, weil es hier nicht auf die Gesetze des Orts, woher der Wechsel geschikt worden, sondern auf die desjenigen Orts, wohin er bestimmt war, und wo er acceptirt worden oder werden sollte, ankam.

Voetius in Comment. ad ff. L. 22. tit. 2. §. 10 sagt:

„Notandum est, in decidendis circa haec controversiis spectandas esse leges loci illius, ad quem literae cambii destinatae, & in quo vel acceptatae sunt vel acceptari debuerunt, non loci unde missae, cum illic contractus intelligatur celebratus, ubi implementum ejus destinatum est."

§. 15.

Allein auch alles dies bei Seite gesezt; so konnte diese Einwendung den Adpellanten doch nichts helfen.

„Fuga trassantis promissionem acceptandi non tollit, multo minus acce-

ptationem jam legitime factam, maxime quoties possessor cambii a trassante suum consequi non poterit, enervat;"

sagt *Frank l. c. L. 2. S. 5. t. 5. §. 4.*

Von eben dem Fall, wenn nemlich das Falliment nach geschehener Acceptation ausgebrochen ist, behauptet *Lauterbach in Colleg. Lib.* 17 *tit.* 1. §. 40 nach dem Grundsatze, daß alles, was ein Mandatum aufheben solle, re adhuc integra sich ereignen müsse:

„Si Titius in literis cambii Sempronio datis Cajo mandavit, ut Sempronio 1000 fl. solveret; post acceptationem a mandatario factam non solvitur mandatum, licet mandans decoxerit & solvendo esse desierit."

§ 16.

Aber auch alsdann, wenn der Aussteller schon vor Ausstellung des Wechsels fallirt hätte, ist der Acceptant von der durch die Acceptation übernommenen Verbindlichkeit nicht befreit.

Scaccias de Commerc. §. 2. *Glossa* 5. *num.* 329 *seq.* der diese Meinung bestätigt, führt die Gründe hierüber an:

Quia

„Quia, etsi decoctor propter ruptam fidem videatur mortuus, ideoque nihil post rupturam agere possit, cum sit ei prohibitum commercium & sit infamis, tamen decoctio eum non inhabilitat, quin alius possit pro eo solvere; & sic qui ejus literas acceptavit, non excusatur, quia aut sciebat decoctionem, & tunc dicitur voluisse, & potuit quod voluit; aut ignorabat, & tunc sibi imputet, qui contraxit cum eo, cujus conditionem non debebat ignorare.“

Wobei er die Entscheidungen der in Handlungssachen soviel Gewicht habenden Rotae Genuensis allegirt; in dem gleich darauf folgenden *Num.* 331 aber sezt er hinzu:

„Restringe hanc extensionem, ut non procedat, quando istae literae cambii, quae acceptantur, essent in veritate cessio, seu delegatio, per ea quae de hoc infra *num.* 445.“

In diesem *Num.* 445 führt er aus, daß viele Kaufleute, wenn sie im Sinn hätten, zu falliren, um sich einigen Creditoren gefällig zu machen, solche, denen sie auf Termin schuldig seyen, gleich zahlten, oder auch weniger privilegirte vor privilegirten; welche Zahlun-

gen aber, als in fraudem creditorum, nicht giltig seyen. Nun allegirt er die Statuta Genuensia, die zu dem Ende einen Zeitraum von 15 Tagen vor dem Tag des ausgebrochenen Falliments festsezten, binnen welchem keine dergleichen Zahlungen statt hätte. In den Statuten der Stadt Rom, (führt er ferner an) sey diesfalls verordnet, daß alle Alienationen, sie seyen vor oder nach dem Falliment geschehen, von einem, der wirklich decoctus sey, oder doch dafür gehalten werde, wenn er gleich noch nicht wirklich ausgetreten wäre, für simulirt gehalten würden, und daher ungiltig seyen. Fama, communisve opinio sey hinreichend, um einen pro decocto zu halten.

Dies scheint also den Adpellanten, die gerade das, was *Scaccias* sagt, von dem Trassanten *Senmartin* behaupten, sehr günstig zu seyn, und stimmte mit den von ihnen aus *Carleval* und *Samniat* allegirten Stellen überein, welche den Grund darin setzen, daß durch die mutationem status des Trassanten, der fallirt, eine Revokation bewirkt werde, und alsdann auch der unter der Bedingnis, rebus sic stantibus, vom Acceptanten ertheilte Consensus wegfalle.

§. 17.

§. 17.

Allein wollte man auch einem Acceptanten aus dem insolventen Zustand seines Trassanten zur Zeit der Ausstellung des Wechsels ein Recht einräumen, die Zahlung eines acceptirten Wechsels unter dem Vorwande der Nichtigkeit der Ausstellung zu verweigern: So würde doch nach der Natur des Wechselrechts auf der Stelle erwiesen seyn müssen, entweder daß Trassant zur Zeit der Ausstellung ein deklarirter Fallit gewesen, oder daß eine gesezliche Frist bestimmt sey, binnen der er vor ausgebrochnem Conkurs zu Ausstellung eines Wechsels unfähig gewesen wäre.

Ersteres war in vorliegendem Falle nicht dargethan. Auf die von den Adpellanten, welche den *Senmartin* zu Madrid hatten verhören lassen, ihm vorgelegte Frage: Ob er nicht außer Stand gewesen wäre, die mit Protest aus Frankreich zurükgekommenen Wechsel zu bezahlen? gestand er in seiner Antwort keine völlige Impotenz, sondern sagte vielmehr, daß er andere Mittel habe ergreifen müssen, seine Gläubiger zu befriedigen, so daß er am 28. Jul. als am Tage der Ausstellung der befragten Wechsel, noch einige zu bezahlen gehabt habe. In Verbindung mit der dieser vorhergehenden Aussage, daß er wirklich eine Par-

tie Wolle für die Adpellanten gekauft, und solche im Aug. zu bezahlen versprochen gehabt habe, daran aber durch seine Arretirung verhindert worden sey; folgt zwar, daß er in Verlegenheit gewesen, aber nicht, daß er nicht noch gehofft habe, sich retten zu können. Ein Zustand, den wohl mancher Kaufmann mehr als einmal erfahren haben mag.

Hätten die Adpellanten mehreres aus den Madrider Concursakten beigebracht, und daraus vorgelegt, welchen Termin das Spanische Gericht für den terminum a quo des Senmartinischen Concurses angenommen habe; dann hätte die Sache wenigstens mehr zweifelhaft werden können. Eben so wenig aber hatten sie, wie schon vorgekommen ist, das allegirte Spanische Statutum erwiesen; und wenn sie es auch erwiesen hätten, so ist doch ebenmäßig schon dargethan worden, warum es hier nicht anwendbar gewesen wäre.

§. 18.

Es war demnach nicht dargethan, daß hier der Fall vorhanden sey, von welchem *Scaccias* redet, daß die Trassirung in fraudem creditorum geschehen wäre. Die übrigen Senmartinischen Creditoren verlieren gar nichts dabei, wenn die Adpellaten von den

Ad-

Adpellanten bezahlt werden müssen. Leztere sind der Senmartinischen Masse nichts schuldig; wenn sie aber nun doch Kraft ihrer Acceptation das bezahlen müssen, was *Senmartin* den Adpellaten schuldig war, und was also nach dessen Falliment auf seiner Masse haftete; so gewinnt diese vielmehr, indem Creditores anderswo her als aus ihr bezahlt werden. Suchen die Adpellanten, wie sie können, ihren Regreß an dieselbe, so treten sie in die Stelle, welche die Adpellaten unter den Creditoren eingenommen haben würden, und die Sache kömmt in den Stand, wo sie gewesen seyn würde, wenn die Wechsel nicht ausgestellt worden wären, so daß die Masse weder gewinnt noch verliert, und Niemand als die Adpellanten leiden den Schaden, den sie hätten vermeiden können, wenn sie nicht acceptirt hätten.

§. 19.

Auch die Gründe, daß zur Zeit der Acceptation, als der Perficirung des Mandats-Contracts zwischen Trassanten und Trassaten, der fallirte Trassant nicht mehr habe consentiren, nichts mehr habe adquiriren können, oder daß die Acceptation unter der jedesmaligen Bedingnis: rebus sic stantibus, geschehe, und daß durch das Falliment

eine revocatio mandati eintrete, sind unstichhaltig.

Der Consens des Trassanten war zu einer Zeit ertheilt, von der die Adpellanten nicht erwiesen hatten, daß zu derselben *Senmartin* schon insolvent gewesen, mithin seiner Seits in der Ordnung. Bei der Präsentation stand es in der Adpellanten freiem Willen, je nach ihrer Meinung vom Trassanten, die Wechsel zu acceptiren, oder zu protestiren. Von ihnen hieng es ab, den Mandatscontract zur Vollkommenheit zu bringen, oder zu zernichten. Sobald aber acceptirt war; so war nicht mehr res integra, und eine nachherige Revokation ist verspätet.

§. 20.

„Id circo omnis ille, cui dirigitur tratta, ne ignarus conditionis ejus, cum quo contrahit, damnum sentiat, ab initio & re adhuc integra bene debet perspicere ac ponderare, cum quo contrahat;“

sagt *Vogt l. c. pag.* 122, und ferner *pag.* 123:

„Hinc si inconsiderate quis semel acceptarit, posteaque per decoctionem datoris literarum, cui fidem habuit, dammum

damnum sentiat, cui imputare possit nemo est, cum proprio motu & spontanea voluntate nullo cogente ipse acceptaverit, proindeque ei ut volenti injuria non fiat."

Durch die Acceptation ist der Mandatscontrakt mit dem Trassanten geschlossen, und fängt die Obligation ex constituto mit dem Präsentanten an, die den Acceptanten zur paratesten Zahlung nötigt, nulla penitus admissa exceptione, wie *Vogt l. c. pag.* 126 sagt.

§. 21.

In dem Responso bei dem eben allegirten *Vogt pag.* 132 *seq.* führten Argentinenses als rationes dubitandi an (gerade eben die Gründe, welche die Appellanten ihren Gegnern entgegensezten):

„Negotium propositum minus bona fide gestum fuisse videri, cum remittens post impetratas cambii literas de mensa surrexerit, adeoque dolum animo jam tum versasse censeatur; acceptationem intelligi factam rebus sic stantibus & durantibus, quibus illico mutatis ipsam acceptationem videri resolutam; ei, qui bona fide agnovit, officium suum non debere esse damnosum; diemque solutionis

causa adjectum inducere conditionem, qua deficiente cessare & deficere obligationem."

Demungeachtet entschieden sie auf die Verbindlichkeit der Acceptation, mit dem Zusatz:

„Et ita in terminis fortioribus, cum ipse scribens (trassans, decoxisset, judicatum fuisse in Consilio Neapolitano;"

und antworteten in specie auf die rationes dubitandi:

„An remittens dolo literas impetraverit, an fortuna iniquiore oppressus de mensa surrexerit? nondum esse probatum; quommodocunque autem res sese haberet, dolum ejus innocenti ejusdem creditori nequaquam debere nocere; caeterum clausulam: rebus sic stantibus, in contractibus perfectis nullatenus subaudiri, nisi exprimatur; revocationem mandati tum demum justam & licitam esse, quando fiat re integra & sine alterius praejudicio, nec valere contra tertium, qui per revocationem jacturam faceret, cujus cum injuria & detrimento nemini licere consilium mutare; quodsi aliquod damnum inde per-

perceperit acceptans, suae id facilitati imputare debere; sub praetextu adjecti diei solutionem differre non posse, cum semel acceptaverit."

§. 22.

Auch ICti Colonienses bei *Vogt l. c. pag.* 147 *seq.* sezten als rationes dubitandi voraus:

„Posito literas ut principale nullas, acceptationem earundem subsecutam uti accessorium per se corruere, destructo enim principali accessorium etiam non subsistere, secundo, mandatum a mercatore foro cedente datum revocatum & sublatum censeri."

Allein „hisce omnibus minime obstantibus &c." — fahren sie fort — und entscheiden, wie die Argentoratenses. Um einen Begriff von der Stärke der aus der Acceptation fließenden Verbindlichkeit zu geben, drücken sie sich so aus:

„Imo talis acceptatio dicitur continere veram solutionem, quasi acceptans jam solvisset, & numerasset, praesentans vero rursus apud eum deposuisset."

§. 23.

§. 23.

In den *Decis. Rotae Genuensis Decis.* 168 *pag.* 593 *seq.* ist ein dem vorliegenden ganz besonders ähnlicher Fall enthalten. Der Acceptant hielt dem Präsentanten ebenfalls die except. doli, und nullitatis propter rupturam bancae entgegen. Die Rota sagt aber: Dolus sey nicht erwiesen, noch weniger, daß der Präsentant davon gewußt habe; „nec movet (fährt sie fort) quod effectus declaraverit, videlicet quod brevi tempore conturbaverint, quia respondetur, fraudem & dolum non ab eventu sed ex consilio considerari debere.“

Es war dort auch eingewendet worden, daß das Wechselgeschäft innerhalb 15 Tagen vor Ausbruch des Concurses geschehen sey, in welchem Fall es nach den Landesstatuten nichtig wäre. Die Richter glaubten aber, daß das Statutum von einem andern Falle rede, sagen jedoch num. 20 generaliter:

„Ex hoc destrueretur omne remedium, & sequeretur absurdum maximum, si illud statutum omnes contractus irritaret, & irritaret etiam cambium; quia sequeretur quodsi nos ignorantes, quod tu esses decoctus, tibi ad Cambium pecuniam dedissemus

mus, & tu literas nobis fecisses, quae solutae fuissent, nos cogeremur dictas pecunias deponere penes curatorem, quod esset absurdum, & tolleret quodammodo commercium; iniquum esset hujusmodi statutum, ergo non debet recipere talem sensum."

§. 24.

Diese Meinung, daß die Acceptation eines nach bereits ausgebrochnem Concurs ausgestellten Wechsels giltig und verbindlich sey, wird noch von mehrern Authoren bestätigt. Der oft allegirte Franck L. 2. S. 5. tit. 1. §. 4. 5. 6. sagt:

„Foro cedens nec legitime indossat, neque trassat, quare nec acceptanda est ejus trassa post concursum scripta, imo licet pro tertio computu trassaverit, cautius est non acceptare."

Er sagt also nur, daß ein solcher Wechsel nicht zu acceptiren sey, nicht aber, daß er, wenn einmal die Acceptation geschehen ist, nicht bezahlt werden müsse. Ausdrücklich indessen bestätigt diese Meinung *Beck l. c. C.* 6. *num.* 16.

§. 25.

Wenn nun selbst in dem Fall, daß der Wechsel von einem bereits fallirten Trassanten aus=

ausgestellt ist, der Acceptant von der Zahlung nicht befreit wird; um so viel weniger kann er alsdann befreit seyn, wenn das bei Ausstellung des Wechsels schon vorhandne Falliment so wenig, wie hier, erwiesen ist. Die eingewandte exceptio nullitatis konnte also nicht anders als verworfen werden.

§. 26.

Eben so die dritte Einrede, die — der Compensation. Die Adpellanten behaupteten, daß ihnen *Senmartin*, bevor sie die Partie Wolle bestellt, noch ein beträchtliches schuldig gewesen sey, welches derselbe auch selbst eingestanden hat. Allein eine andere Frage ist es, ob die Adpellanten aus dem Grunde den Präsentanten oder Wechselsinhabern die Compensation entgegensetzen können?

Nach Römischen Rechten hat es keinen Anstand, daß dem Cessionario (in vorliegendem Falle dem Indossatorio) die Compensation mit dem debito seines Cedenten opponirt werden könne.

Ludovici l c C. 11. §. 31. 33. und *Raumburger* im Wechselrecht C. 53. §. 3. behaupten selbst, daß dieses auch bei Wechseln nach allgemeinen Grundsätzen statt finde. *Ludovici* allegirt die Kur Sächsische Wechselordnung, nach welcher die Compensation

gegen

gegen den Indossaten untersagt ist; behauptet aber in §. 33, daß es anderer Orten, wo dergleichen nicht verordnet sey, bei den gemeinen Rechten bleiben müsse. *Raumburger* aber sezt hinzu, daß solches zu vielem Betrug Gelegenheit geben könne, und daher die Sächsische Verordnung sehr heilsam sey. Er führt auch §. 4. mehrere Wechselordnungen an, worin die Compensation in diesen Fällen ganz verboten ist, und sezt hinzu, daß in andern Wechselordnungen dieselbe zwar ex propria persona, wenn sie in continenti erwiesen werden könne, zugelassen werde, ex aliorum persona aber nicht.

§. 27.

Aus diesen häufigen Einschränkungen des gemeinen Rechts in den Wechselordnungen folgt der Schluß von selbst, daß man es dem Commercio überhaupt nicht für zuträglich ansehe, wann der Acceptant dem Indossaten die Einwendungen entgegen setzen dürfte, die etwa gegen den Trassanten haben könnte.

Im Allgemeinen sind hierüber schon oben §. 6 — 10 die Meinungen der W. R. Lehrer angeführt worden. Da wo der dort allegirte *Franke L.* 2. *S.* 4. *t.* 6. hiervon handelt, sagt er §. 2 und 3.

„Hae igitur non attenduntur, quoties possessor literarum cambialium alias sine sua culpa suum amitteret, adeoque domino cambii ex persona cedentis non obstant. Possessori itaque nil praejudicat, quo jus, quod cedenti competebat, iterum tollitur: non compensatio, quae adversus eum locum habebat, nec solutio eidem praestita, nec aliud ullum ipsius factum."

Er allegirt dabei in der Note viele Wechselordnungen nebst Autoritäten hierüber, und sezt dazu:

„Idque indoles negotiationis cambialis securitasque cambiorum & conservatio fidei publicae necessario requirit."

Hierauf führt er einige Autoren als Dissentienten an, schließt aber mit den Worten:

„Et ICti plerique seducti principiis juris romani hic merito exulantis."

§. 28.

Eben das führt auch *Beck l. c. C. 6. §. 5. num.* 4 — 8. aus, indem er sagt:

„So

„So wird an solchen Orten, wo ein anderes in specie nicht geordnet oder recipirt zu finden, der Satz, daß man wider einen tertium oder quartum ex persona & facto cedentis keine Exception zu admittiren habe, zu behalten; und nach dieser Meinung, um willen sie für die Handlung weit sicherer ist, man auch in Entscheidung der in dergleichen Fällen vorkommenden Streitigkeiten mehr auf die Observanz anderer Handelsplätze, als auf die gemeinen Rechte, zu attendiren hat, judicando zu sprechen sey.

Er nennt auch unter diesen nicht statt habenden Exceptionen *num.* 7 die exceptionem compensationis ausdrücklich.

§. 29.

Solche war daher, nach dem bisher vorgekommnen, in vorliegendem Falle um so mehr zu verwerfen, als der Unterrichter (der Schöffenstuhl zu Aachen) gegen Aachner Kaufleute, die von Auswärtigen belangt wurden, so gesprochen, und sie zur Bezahlung der Wechsel condemnirt hatte, wobei sich allerdings voraussetzen läßt, daß der judex a quo hierzu nicht geschritten seyn würde, wenn die Observanz des dortigen Handelsplatzes hiermit nicht übereinkäme.

§. 30.

Die 4te Exception endlich, daß nämlich der Trassant den Contract nicht erfüllt habe, indem er die versprochene Waaren nicht geschikt hatte, ist wohl die unerheblichste. Hätte dies der Trassant vorsetzlich gethan; so würde diese Einwendung mit der exceptione doli, deren Unstatthaftigkeit oben schon dargethan worden ist, die nämliche seyn. Ist er aber gegen sein Voraussehen durch den nachher ausgebrochnen Concurs daran verhindert worden; so ist ebenfalls schon ausgeführt worden, daß der Trassat, sobald er auch selbst eines fallirten Trassanten Wechsel acceptirt hat, von der Zahlungs-Verbindlichkeit sich nicht befreien könne. Ueberdies war diese Einwendung offenbar ex persona tertii, die also ex deductis nicht statt hat.

§. 31.

Die Adpellanten beriefen sich hierbei wieder auf ein Spanisches Statutum, welches aber eines Theils nicht glaubhaft beigebracht worden war, andern Theils aber (wie oben schon vorgekommen ist,) in foro solutionis vel acceptationis nichts entschieden haben würde.

Es

Es schlägt vielmehr hier an, was *Carpzov in diss. de camb. th.* 60 sagt:

„Si trassans labatur facultatibus, & is, cui tratta facta est, acceptaverit literas, hujus est periculum, qui solutionem praesentanti, non obstante eo quod a trassante sive committente summam solvendam recuperare nequeat, praestare tenetur.“

Beck l. c. C. 6. §. 2. *num.* 15. 21. 22. sagt das nämliche, und dehnt es noch dahin aus, daß auch einer, der für Rechnung eines dritten acceptirt habe, hernach nicht vorschützen könne, daß er dem Trassanten nichts schuldig wäre, oder von dem, für dessen Rechnung er acceptirt hat, keine Provision in Händen habe, oder überhaupt, daß er keine Provision erhalten habe.

§. 32.

Alle in Frag gestellte Exceptionen, welche ausgeführter maaßen den Acceptanten von der Verbindlichkeit, die acceptirten Wechsel zu bezahlen, nicht befreien können, konnten also nicht anders als verworfen, und die Adpellanten zur Bezahlung der Wechsel condemnirt werden, worüber das von dem Unterrichter auf Entrichtnng der eingeklagten Wechsel und diesfalls geschehener Protest-

Kosten, una cum interesse judicialis morae, & condemnatione in expensas, ergangne Urtheil durch die am Kammergerichte den 15. Sept. 1786 eröffnete sententiam confirmatoriam lediglich (die Proceßkosten jedoch ausgenommen, welche für beide Instantien compensirt wurden) bestätigt ward.

Ende des ersten Theils.

In der Vorrede lese man

S. 14 Zeile 12 von oben entkräften statt entkräftigen.

S. 64 Z. 3 von unten *secursus* statt secursus.

Verzeichnis

der in dem 1ten Theile enthaltnen Rechtsfälle und Ausführungen.

Erster Rechtsfall, über die Frage:

Kann die Partey wider ein aus Verschulden ihres nachlässigen Anwalts ergangnes widriges Urtheil in integrum restituirt werden, oder muß sie die Nachlässigkeit ihres Anwalts büßen? S. 65.

Zweiter Rechtsfall, hauptsächlich über die Frage:

Wenn eine Partey in contumaciam ihres Gegners ad juramentum in litem per Sententiam zugelassen worden ist, und diesen Eid auch wirklich schon geleistet hat; wird alsdann parti contumaci

eine

eine Gegenbeweisführung durch Zeugenaussagen gleichwohl noch zu gestatten seyn? S. 92.

Dritter Rechtsfall, hauptsächlich über die Frage:

Ob einer Gemeinde gegen einen vor Gerichte eingegangnen Vergleich die Läsionsklage zu statten kommen könne? S. 104.

Vierter Rechtsfall, worin folgende Frage vorkömmt:

Kann das Kammergericht eine arme Partey wider das von derselben aus Unverstand versäumte Fatale decendii in integrum restituiren? S. 123.

Fünfter Rechtsfall,

Ueber die Duldung der Sektirer, hauptsächlich über die Frage: Ob es nach kammergerichtlichen Grundsätzen den Mennonisten erlaubt seyn könne, neue Mitglieder aufzunehmen? S. 129.

Sechster Rechtsfall, über folgende Frage:

Kann ein Socius einer Handlungsgesellschaft gegen denjenigen, dem er für sich schuldig ist, mit dem, was dieser (sein Creditor) der Societät schuldig ist, compensiren, oder nicht? Geht dies weder pro toto nach pro rata an? S. 163.

Sieben-

Siebenter Rechtsfall, über die Frage:

Ist es genug, daß einer für sich unmittelbar dem Reiche unterworfen ist, oder ist er in Rücksicht seiner mediat-Güter für mediat zu halten, und können also dieser Güter halber gegen denselben ob non fundatam jurisdictionem, von dem Kammergerichte keine Mandata erkannt werden? S. 270.

Achter Rechtsfall:

Ueber den Appellations-Zug nach Aachen aus unmittelbar dem Reiche unterworfnen Staaten. S. 276.

Neunter Rechtsfall, über die Frage:

Ob es dem Revidenten, nach versäumter Frist zur Einbringung des Revisionslibells, annoch frei stehe, ad acta priora zu submittiren? S. 284.

Zehnter Rechtsfall, hauptsächlich über die Frage;

Kann, gleichwie in causa deserta confirmatorie gesprochen wird, auch in causa non devoluta confirmatorie gesprochen werden? S. 287.

Elfter Rechtsfall, über die Frage:

Kann in dem Falle, wenn einer Lehen in Anspruch nimmt, die in verschiedner Reichsfürsten Ländern gelegen sind, ex capite continentiae ratione rerum & generalitatis actionis die kam-

mer-

mergerichtliche Jurisdiktion begründet werden? S. 297.

Zwölfter Rechtsfall, hauptsächlich über folgende Frage:

Ob der vor der Acceptation eines Wechsels ausgebrochene Conkurs und Dolus des Trassanten den Trassaten von der Verbindlichkeit befreie, dem Indossaten den Wechsel zu bezahlen, sohin in solchem Falle der Trassat sich mit exceptionibus doli, nullitatis, compensationis, & non impleti contractus schützen könne? S. 309.

Avertissement.

Herr Ersch zu Jena zeiget an, daß er zur Ausfertigung seines Repertoriums über die Deutschen Zeitschriften und andere periodische Sammlungen für Erdbeschreibung und Geschichte bereits die Durchsicht der meisten dieser Schriften beendiget habe, so daß das Werk zur Ostermesse 1790 in der Meyerschen Buchhandlung zu Lemgo erscheinen werde.

Der Vorzug des Repertoriums vor dem zu Leipzig angekündigten Sachregister über die Deutschen Zeit- und Wochenschriften soll darin bestehen: daß es nicht nur über alle einigermaßen wichtige Journale sich erstrecken, sondern auch eine vollständige Geschichte derselben und kurze Litterarnotizen von den in den Sammlungen genannten Verfassern enthalten wird.

Anzeige der Druckfehler im ersten Theile.

S.	Z.	Druckf.	Verbesserung.
14	12	entkräftigen	entkräften
18	12	wenn	wem
28	penult.	oucher	toucher
39	17	nach Referenten	add. (1)
44	19	Verfasser,	del. (1)
64	penult.	recursus	securus
68	15	partes	parte 1.
78	4	nach: noceat	add. (.)
115	7	Confirmationsurtheil	Confirmatoriurtheil
130	5	Anfänger	Anhänger
143	16	nach; menonisten	add. nichts
154	8	so	del.
156	11	nach; befürchten,	add. daß
167	penult.	nach: daselbst	add. ist
217	9	num. 34.	num. 34:
228	4	quo	quod

S.	Z.	Druckf.	Verbesserung.
261	24	debitandi	dubitandi
273	ult.	mögten	mögten ?
278	8	Imperia	Imperii
292	20	erheblich	unerheblich
297	ult.	der	und
300	10	wenn	wann
303	12	nach: lib.	add. I.
316	11	Indossetariis	Indossatariis
319	19	da wider	dawider
337	23	sey.	seyn."

Bayerische

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hoscher, Johann Melchior, 1764-1809

Sammlung merkwürdiger, am kaiserlichen Reichskammergerichte entschiedener Rechtsfälle mit ausführlicher Erörterung wichtiger Rechtsfragen

Bd.: 1

Lemgo (1789)

Bibl.Mont. 5060-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726401-8
VD18 80264468-001